

UNIVERSITÉ DE PARIS — FACULTÉ DE DROIT

Les
Avantages Particuliers
dans les Sociétés par Actions

THÈSE POUR LE DOCTORAT EN DROIT

*présentée et soutenue publiquement le Mercredi 11 Mars 1931
à 14 heures*

PAR

Pierre MILLET

Diplômé de l'Ecole des Sciences Politiques

Président : M. Joseph HEMARD. Professeur

*Suffragants : { MM. MOREL } Professeurs
 { ESCARRA }*

PARIS

LIBRAIRIE ARTHUR ROUSSEAU

ROUSSEAU ET C^{IE}

ÉDITEURS

14, Rue Soufflot et Rue Toulrier, 13

1931

THÈSE
POUR LE DOCTORAT

*La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation
aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être
considérées comme propres à leurs auteurs.*

UNIVERSITÉ DE PARIS — FACULTÉ DE DROIT

Les
Avantages Particuliers
dans les Sociétés par Actions

THÈSE POUR LE DOCTORAT EN DROIT

présentée et soutenue publiquement le Mercredi 11 Mars 1931
à 14 heures

PAR

Pierre MILLET

Diplômé de l'Ecole des Sciences Politiques

Président : M. Joseph HEMARD, Professeur

Suffragants : { MM. MOREL } Professeurs
ESCARRA }

PARIS

LIBRAIRIE ARTHUR ROUSSEAU

ROUSSEAU ET C^{IE}

ÉDITEURS

14, Rue Soufflot et Rue Toulrier, 13

1931

Table des Abréviations

<i>Ann. de d. C.</i>	<i>Annales de droit commercial.</i>
<i>D. P.</i>	<i>Jurisprudence générale Dalloz</i>
<i>J. off. doc. Parl.</i>	<i>Journal officiel documents parlementaires.</i>
<i>J. Soc.</i>	<i>Journal des Sociétés civiles et commerciales.</i>
<i>Juris. Soc.</i>	<i>Jurisclasseurs des Sociétés.</i>
<i>Pand. fr.</i>	<i>Pandectes françaises.</i>
<i>Rép. du droit fr.</i>	<i>Répertoire du droit français.</i>
<i>Req.</i>	<i>Chambre des requêtes de la Cour de Cassation.</i>
<i>Rev. Soc.</i>	<i>Revue des Sociétés.</i>
<i>R. H.</i>	<i>Recueil hebdomadaire de jurisprudence Dalloz.</i>
<i>S.</i>	<i>Recueil général des lois et arrêts Sirey, Le Droit.</i>



Les avantages particuliers dans les sociétés par actions

Introduction

Un des principes qui dominant la matière du droit des Sociétés par actions est celui de l'égalité entre actionnaires. Il ne figure nulle part, formulé comme tel, dans la loi ; mais celle-ci prévoit la sanction que comporte son infraction.

Ce droit à l'égalité fait partie des droits appelés « droits propres de l'actionnaire » (*Sonderrechte* du droit allemand) que la doctrine, tout au moins jusqu'à une époque récente, s'accordait à considérer comme essentiels. Tels encore : le maintien de l'objet social et la nationalité.

Certains auteurs ont entendu restreindre la portée de ce principe en soutenant qu'il concernait seulement « l'égalité des droits et obligations attachés à chacune des actions dont l'ensemble forme le capital social » et non pas le traitement égal des actionnaires.

« L'actionnaire, dit M. Cordonnier, n'est que le sujet du droit. En sa personne peuvent se rejoindre les droits qu'il tient de sa qualité d'actionnaire et d'autres droits sociaux de même espèce qui ne prennent pas leur source dans la possession d'une ou plusieurs actions. De sorte qu'il serait plus exact de parler « d'égalité entre actions » plutôt que « d'égalité entre actionnaires ¹ ».

¹ CORDONNIER, *De l'égalité entre actionnaires*, thèse, Paris, 1924, p. 48.

C'est là prendre le mot actionnaire dans un sens restrictif en tant que propriétaire d'actions. A notre sens, le principe est bien plus vaste ; il est fondé sur la notion de communauté d'intérêts qui est à la base du contrat de société. Il faut donc envisager l'actionnaire non plus seulement en tant que propriétaire d'actions, mais en tant que partie à un contrat avec tous les droits qui en résultent. C'est en ce sens que dans l'exposé d'un projet de loi sur les sociétés en commandite par actions, le Tribunal dans ses observations sur l'article 1872 du Code civil faisait déjà cette remarque :

« L'égalité qui est l'âme de tout partage appartient plus particulièrement encore à celui d'une Société dont elle constitue la nature et l'élément. »

*
* *

En définitive si l'on veut modifier la terminologie employée, au lieu « d'égalité entre actionnaires », nous dirions plus volontiers « égalité entre associés ».

Or la notion « d'avantage particulier », objet de cette étude, constitue une infraction à cette règle de l'égalité entre associés, infraction que la loi prévoit dans certains cas pour la réglementer et la sanctionner. Il ne faudrait pas croire pour autant que la question soit simple.

Le législateur, en effet, s'est contenté de soumettre dans certains cas les avantages particuliers à une procédure spéciale dite de « vérification » dont le défaut d'application entraîne la nullité radicale de la société.

On comprend dès lors combien il importe d'être fixé

sur le sens et la portée de ces termes en eux-mêmes assez vagues.

La question est loin d'être simple, disions-nous. La raison principale, comme l'a très justement fait remarquer un auteur, est que le législateur s'est abstenu de circonscrire cette notion par elle-même « fuyante et imprécise et qui devient susceptible d'applications plus ou moins nombreuses suivant qu'on l'entend dans un sens étroit ou qu'on l'adapte à toutes les hypothèses où se produit une rupture d'égalité entre associés »¹.

Notre étude sera d'abord doctrinale : elle aura pour but de préciser cette notion d'avantage particulier dans les sociétés par actions.

Dans une première partie nous nous efforcerons, en étudiant les lois sur les Sociétés, l'opinion des auteurs et les données de la jurisprudence, de définir la notion d'avantage particulier.

Dans la deuxième partie, nous passerons en revue les différentes sortes d'avantages particuliers qui comprendront les avantages pécuniaires, les avantages actions et les parts de fondateurs.

Notre troisième partie sera consacrée à l'étude des conditions de vérification des avantages particuliers et de la procédure de vérification telle qu'elle a été organisée par la loi du 24 juillet 1867.

Nous nous demanderons enfin dans notre conclusion, s'il ne serait pas utile d'étendre la protection des actionnaires dans certains cas donnés et nous essaierons de dé-

¹ BOSVIEUX, *De la notion d'avantage particulier*, J. S., 1929, p. 65.

terminer les mesures qu'il conviendrait de voir aboutir pour protéger plus efficacement à cet égard l'épargne publique.

*
* *

Pour terminer, remarquons que si, sous la pression des faits, notre droit se modifie quelque peu, ce n'est pas une raison pour perdre de vue les grands principes qui en forment la base et qui sont le résultat du bon sens et de l'équité. Il appartient à la doctrine et à la jurisprudence de les adapter aux complexités de la vie moderne.

PREMIÈRE PARTIE

Définition et nature juridique des avantages particuliers

Les statuts d'une société par actions contiennent souvent au profit d'un associé l'attribution d'avantages particuliers.

Que faut-il entendre par ces mots « avantage particulier » ? Et contre quels avantages la loi a-t-elle voulu protéger les actionnaires ? Tel est l'objet de la première partie de cet ouvrage.

Etant donnée l'absence de définition dans la loi, il nous paraît utile de remonter aux origines de notre législation sur les sociétés et d'étudier les circonstances qui ont nécessité l'intervention du législateur. Si nous déterminons les abus contre lesquels il a entendu réagir, nous aurons par là même précisé son but et nous pourrons limiter le champ d'application de la loi.

Nous verrons ensuite l'évolution suivie par la doctrine dans l'interprétation des textes, et les données de la jurisprudence.

Ces précisions une fois données, nous examinerons dans un deuxième chapitre quelles conditions un avantage particulier doit remplir pour être assujéti à la procédure spéciale dite « de vérification » prévue par l'article 4 de la loi du 24 juillet 1867.

CHAPITRE PREMIER

L'avantage particulier dans la loi

PÉRIODE ANTÉRIEURE À LA LOI DU 17 JUILLET 1856

Si les divers contrats de société sont connus depuis fort longtemps — le droit romain leur avait consacré de longues études, on les rencontre aussi au moyen âge — l'expansion des Sociétés ne date que d'une époque récente. C'est vers le milieu du siècle dernier que, grâce aux grandes découvertes de toutes natures, le commerce et l'industrie ont pris l'essor qui n'a cessé de s'accroître depuis. Ceux-ci ont eu à leur disposition un instrument juridique souple et puissant : la société par actions.

Ce développement n'a cependant pas été à l'origine sans être accompagné d'abus qui furent jugés scandaleux. La facilité relative qu'offrent ces groupements de capitaux, peut en effet, tenter des individus sans scrupules qui ne voient là qu'une occasion de réaliser un bénéfice considérable et malhonnête : la plupart du temps, c'est par la constitution même de la société qu'on essaie de les réaliser. Et parmi les manœuvres frauduleuses employées pour attirer les capitaux, celles qui portent sur les apports en nature et les avantages particuliers se rencontrent le plus fréquemment.

Trop souvent les fondateurs de sociétés sont amenés à s'enrichir au détriment de la masse des petits épargnants qui leur confient leurs économies, en exagérant la valeur de leurs apports ou en stipulant à leur profit des avantages qui absorbent le bénéfice social quand ils ne sont pas prélevés sur le capital lui-même : le tout se résout en une perte pour l'actionnaire.

Ce furent surtout à l'origine, les sociétés en commandite par actions qui donnèrent lieu à des abus tels qu'ils provoquèrent dès 1838 l'intervention du législateur.

Sous la Monarchie de juillet le nombre de ces sociétés s'accrut considérablement. De 1826 à 1837 il s'en forma 1039 (d'un capital total de 1.200 millions) dont 536 pour la seule année 1836 ¹. C'est ce que les historiens ont appelé « la fièvre des commandites par actions » accompagnée en réalité d'une « fièvre » d'agiotage.

A vrai dire, la tâche du législateur était ardue. Plusieurs intérêts se trouvaient en présence : celui du public appelé à entrer en relations avec la société ; celui du commerçant et de l'industriel ayant à grouper les capitaux pour les utiliser et qui auraient été gênés par des mesures trop rigoureuses tendant à écarter les apporteurs, celui enfin des apporteurs eux-mêmes.

En d'autres termes, il fallait d'une part protéger les souscripteurs en prenant à l'égard des apporteurs et des fondateurs des mesures spéciales, en leur imposant des obligations ou en restreignant certains de leurs droits ; d'autre part, on ne devait pas par ces dispositions

¹ LEROY-BEAULIEU, *Essai sur la répartition des richesses*.

repousser l'apporteur, empêcher les groupements de capitaux ; c'eût été contraire au principe de liberté qui est à la base des contrats.

Un premier projet déposé à la Chambre le 15 février 1838 prévoyait un système de contrôle pour les apports en nature. Ce projet n'aboutit pas, peut-être, parce que sous sa menace la spéculation frauduleuse et l'agiotage s'étaient calmés quelque peu. Ils devaient réapparaître vingt ans plus tard et provoquer à nouveau l'intervention du législateur qui aboutit cette fois au vote de la loi du 17 juillet 1856.

LOI DU 17 JUILLET 1856

Un projet de loi avait été élaboré par le Conseil d'Etat. Dans ce projet, le Conseil d'Etat ne prévoyait que l'apport ; et la commission chargée de l'examiner fit remarquer que les inconvénients qu'on voulait prévenir étaient de nature à se produire non moins énergiquement dans la stipulation d'avantages particuliers ; qu'il était donc rationnel de prendre contre celles-ci, les précautions dictées contre celui-là. Elle aboutissait à cette conclusion logique qu'on devrait également vérifier le caractère de ces avantages et que la société ne serait définitivement constituée que par l'approbation donnée par l'assemblée générale des actionnaires.

C'est ce qui explique les paroles adressées au Corps Législatif par M. Langlais, rapporteur de la loi du 17 juillet 1856 sur les Sociétés en commandite par actions.

« Votre commission, lui disait-il, a d'abord constaté une

omission dans le projet : on prévoit l'exagération dans les apports, on se tait sur celle des avantages particuliers que le gérant ou le fondateur stipule si souvent à son profit. La combinaison tout entière lui a paru défectueuse. La règle, en matière de droit commun, c'est que les conventions font la loi des parties. La loi y a dérogé pour les mineurs (Code civil, art. 1365) et jamais pour les majeurs; si ce n'est en cas de partage (Code civil, art. 887) et en cas de vente (art. 1671)....»

Et il ajoutait :

« Les actionnaires sont souvent trompés sur la valeur des apports et sur les avantages que se réservent certains fondateurs de sociétés. Or, le prospectus, qui exagère la valeur de l'apport social, dissimule au contraire celle des avantages. Voilà la vraie source des abus ; on les diminuerait beaucoup si la loi donnait aux souscripteurs les moyens de vérifier, si on les mettait en quelque sorte en demeure de ne s'engager qu'après examen et maturité. »

Nous avons tenu à rapporter dans leur intégralité les paroles du rapporteur, car elles aboutirent à l'amendement de l'article 4 de la loi qui fut votée dans ces termes :

« Lorsqu'un associé fait dans une société en commandite par actions un apport qui ne consiste pas en numéraire, ou stipule à son profit des avantages particuliers, l'assemblée générale en fait vérifier et apprécier la valeur.

» La société n'est définitivement constituée qu'après approbation dans une réunion ultérieure de l'assemblée générale.

» Les associés qui ont fait l'apport ou stipulé les avan-

tages soumis à l'appréciation de l'assemblée n'ont pas voix délibérative. »

Les prescriptions de la loi du 17 juillet 1856 devaient-elles s'appliquer indistinctement à tous les avantages stipulés à leur profit par les fondateurs ou seulement à certaines catégories d'avantages tels que les avantages purement pécuniaires.

Dans la séance du 30 juin 1856 au cours de laquelle fut votée la loi, on ne trouve rien qui puisse nous éclairer à ce sujet.

Quoi qu'il en soit, remarquons dès à présent les termes généraux de la loi. Son but a été de remédier aux abus de toutes sortes créés par les sociétés en commandite par actions. Ce but aurait-il été atteint si le législateur de 1856 avait entendu restreindre la portée des termes « avantage particulier » ?

Il semble bien au contraire, que, par l'adoption sans discussion des termes employés dans l'article 4, le législateur ait voulu en généraliser la portée.

*
* *

C'était déjà l'opinion de Romiguière qui, dans son *Commentaire de la loi du 17 juillet 1856*, écrivait :

« La généralité des termes de l'article 4 doit être remarquée. Ce n'est pas seulement l'apport qui est soumis au contrôle de l'assemblée, ce sont tous les avantages stipulés au profit non du gérant seul ou de certains fondateurs, mais au profit de tout associé, ce qui comprend toute clause du contrat de Société constituant un engagement

à la charge de la société, soit en espèces, soit en nature, soit même en bénéfices éventuels. Il arrive souvent en effet que... on stipule en outre au profit du gérant ou de tels autres fondateurs, des avantages sous diverses formes, qui passent inaperçus et qui peuvent avoir une grande importance. »

Et l'auteur ajoutait :

« Nous pensons même que l'apport, consistât-il en une somme d'argent, cas où il n'y a pas d'estimation à faire, l'assemblée n'en aurait pas moins le droit de contrôler les avantages particuliers accessoires, stipulés au profit de certains associés... »

Les termes employés par Romiguière nous paraissent suffisamment explicites : « Avantages sous diverses formes... avantages accessoires. » Ils correspondent exactement à la pensée des auteurs de la loi du 17 juillet 1856.

LOI DU 23 MAI 1863

Mentionnons, sans nous y arrêter, la loi du 23 mai 1863, sur les sociétés à responsabilité limitée, laquelle n'a fait que reproduire dans son article 5 les termes de l'article 4 de la loi de 1856.

Le rapport présenté par M. du Miral et la discussion du projet de loi au Corps législatif et au Sénat, ne nous éclairent pas davantage sur le sens et la portée des mots « Avantage particulier »¹.

¹ *Moniteur* du 17 mai 1862, p. 712; 29 avril 1863, p. 664.

LOI DU 24 JUILLET 1867

Allons-nous trouver dans la loi du 24 juillet 1867 qui est la charte des sociétés anonymes et dans les travaux préparatoires de cette loi des explications plus nettes ?

L'article 4 de la loi dispose :

« Lorsqu'un associé fait un apport qui ne consiste pas en numéraire ou stipule à son profit des avantages particuliers, la première assemblée fait apprécier la valeur de l'apport ou la cause des avantages stipulés. La société n'est définitivement constituée qu'après l'approbation de l'apport ou des avantages, donnée par une autre assemblée générale après une nouvelle convocation.

» La seconde assemblée générale ne pourra statuer sur l'approbation de l'apport ou des avantages qu'après un rapport qui sera imprimé et tenu à la disposition des actionnaires cinq jours au moins avant la réunion de cette assemblée.

» Les délibérations sont prises...

» A défaut d'approbation, la société reste sans effet à l'égard de toutes les parties.

» L'approbation ne fait pas obstacle à l'exercice ultérieur de l'action qui peut être intentée pour cause de dol ou de fraude.

» Les dispositions du présent article relatives à la vérification de l'apport qui ne consiste pas en numéraire, ne sont pas applicables au cas où la société à laquelle est fait ledit apport, est formée entre ceux seulement qui en étaient propriétaires par indivis. »

Les termes de la loi du 24 juillet 1867 ne sont donc pas

plus explicites que ceux de la loi du 17 juillet 1856. Les travaux préparatoires de la loi vont peut-être nous éclairer davantage.

*
* *

Dans l'exposé des motifs du projet de loi sur les sociétés anonymes, élaboré dès 1865 ¹, M. Duvergier disait :

« On ne peut pas gêner les transactions honnêtes, mais on ne veut pas non plus laisser le champ libre aux spéculations aventureuses et frauduleuses. »

C'est exactement ce que disait déjà le législateur de 1856. Mais c'est très vague aussi.

De même, si nous consultons le rapport présenté par M. Mathieu à la séance du 3 mai 1867, nous ne trouvons aucune précision. Arrivant à l'article 4 du projet de loi, le rapporteur explique bien à quel but répond la loi :

« La loi s'est défiée des entraînements de la première heure. Il y a dans les sociétés, comme en d'autres associations, une lune de miel dont les ardeurs peuvent être dangereuses si elles ne sont pas coûteuses... »

» L'intervention d'une sorte d'expertise laisse aux esprits le temps de se calmer et évite de regrettables surprises. »

Mais le rapporteur se contente de termes très généraux.

*
* *

¹ *Moniteur* du 4 avril 1865, 4-5 et 6 juin, pp. 678 et s.

Lors de la discussion de l'article 4¹ un orateur, M. Fabre, s'est en particulier exprimé ainsi :

« Mais l'article que nous discutons ne s'occupe pas seulement des apports qui peuvent se traduire en argent, il s'applique aux avantages de toutes sortes qui peuvent être stipulés au profit de ceux qui font des apports. L'assemblée générale a pour mission de vérifier d'une manière complète la situation des fondateurs et des organisateurs de la société vis-à-vis de ceux qui sont venus y adhérer. »

Mêmes expressions condamnant toute restriction d'application chez le rapporteur.

« Quand il s'agit d'avantages stipulés et non pas de choses matérielles apportées, ces avantages se traduisent toujours, si ce n'est en une somme d'argent, au moins en un accroissement d'actions ou un accroissement d'intérêts correspondants dans la société. »

De même chez M. Duvergier, Commissaire du Gouvernement :

« Quand il y a, soit des immeubles apportés, soit des avantages d'une autre nature comme l'apport d'une industrie, enfin des avantages personnels, des avantages supérieurs à ceux des autres actionnaires, dans ce cas-là, le projet primitif du Gouvernement voulait que ces apports insolites, que ces avantages extraordinaires ne liassent pas tous ceux... »

Il apparaît donc nettement que le législateur de 1867 pas plus que celui de 1856 n'a entendu restreindre la portée des mots « Avantage particulier ».

¹ *Moniteur* du 28 mai et jours suivants.

CHAPITRE II

L'avantage particulier dans la doctrine

Ce ne fut cependant pas jusqu'à une époque très récente tout au moins, l'opinion de la doctrine. M. Romiguière avait bien compris la pensée du législateur de 1856. Les auteurs qui l'ont suivi n'ont pas été du même avis.

MM. Mathieu et Bourguignat, dans leur *Commentaire de la loi sur les sociétés des 24 et 29 juillet 1867*, qui fit autorité pendant longtemps, s'exprimaient ainsi après avoir défini les apports en nature :

« Il n'est pas moins facile de préciser ce qu'on doit comprendre par avantages particuliers. En particulier, tous les associés sont placés dans des conditions rigoureusement identiques et parfaitement égales vis-à-vis les uns des autres quant aux profits à retirer de l'association. Or tout ce qui rompt cette règle d'équilibre, toute clause de l'acte social qui autorise l'un des associés à opérer sur le fonds commun ou sur ses produits un prélèvement que les autres associés ne pourraient également faire, constitue un avantage particulier dans les termes de l'article 4. »

Ces auteurs entendaient donc exclure de l'application de l'article 4 les avantages autres que les avantages purement pécuniaires, tels : un droit de souscription réservé à cer-

tains actionnaires, l'attribution à un associé d'une place de directeur dans la Société, etc...

Telle semble bien avoir été pendant longtemps l'opinion de la doctrine. Consultons à ce sujet les principaux auteurs :

Selon Goirand, il y aura avantage particulier « toutes les fois que l'on attribuera à l'un des associés soit un traitement annuel, soit un prélèvement sur les bénéfices »¹.

« Il y a rupture de l'égalité entre associés, lisons-nous dans le *Précis de Droit Commercial*, de Lacour et Bouteron, lorsque les statuts attribuent aux fondateurs, soit des honoraires d'une somme fixe, soit le droit de prélever une portion des bénéfices de l'entreprise »². »

Il en est de même pour Decugis :

« En principe, les bénéfices réalisés par une société doivent être partagés également entre les associés. Toute clause des statuts qui rompt l'égalité au profit de certains associés doit être considérée comme un avantage particulier »³. »

Après avoir signalé le manque de précision de la jurisprudence relativement aux avantages particuliers, M. le professeur Thaller en donne cette définition :

« Ce sont les rémunérations attribuées aux fondateurs ou à leurs auxiliaires pour services rendus et à rendre »⁴. »

Pour M. le professeur Hémar, les avantages particuliers sont « toute allocation ou rétribution allouée par les sta-

¹ GOIRAND, *Traité des Sociétés par actions*, t. I, n° 154.

² LACOUR et BOUTERON, *Précis de droit commercial*, n° 443.

³ DECUGIS, *Traité pratique des Sociétés par actions*, p. 83.

⁴ THALLER, *Traité élémentaire de droit commercial*, n° 533.

tuts sur les bénéfices sociaux aux fondateurs, administrateurs ou commandités, à certains actionnaires ou à des tiers, même si elle constitue la rémunération d'un travail déterminé. »

Et il ajoute : « Tout droit qui n'implique aucun prélèvement sur les bénéfices sociaux stipulés au profit de certains actionnaires n'est pas un avantage particulier ¹. »

Dans un article paru en 1906 au *Journal des Sociétés*, M. Houpin ne faisait que commenter la définition donnée par MM. Mathieu et Bourguignat, en la reproduisant textuellement ².

Enfin MM. Lyon-Caen et Renault, dans la quatorzième édition de leur *Traité de Droit commercial* n'analysent pas autrement la notion d'avantage particulier :

« Ce sont les bénéfices accordés à certains actionnaires pour les rémunérer à raison des services qu'ils ont rendus à la Société ou qu'ils prétendent lui avoir rendus, en contribuant à sa création, ou qu'ils sont réputés devoir lui rendre dans l'avenir ³. »

Il résulte de ces définitions que la doctrine était unanime à considérer l'octroi d'un avantage particulier comme la rémunération d'un service rendu ou à rendre à la société par ceux qui avaient concouru à sa formation. Et pour elle cet avantage se traduisait le plus souvent par une répartition inégale des produits de l'entreprise.

La seule controverse qui s'était élevée était relative au

¹ HÉMARD, *Des nullités de Sociétés*, 2^e éd., n° 256 B.

² HOUPIN, *J. Soc.*, 1906, p. 195, *Création d'actions de priorité Vérification des avantages en résultant*.

³ LYON-CAEN et RENAULT, *Traité de droit commercial*, 14^e édit.

point de savoir s'il fallait considérer comme avantage particulier uniquement un prélèvement sur les bénéfices ou s'il fallait étendre la portée de la loi aux allocations d'une somme fixe, commission de banque par exemple.

M. Wahl, le premier, semble avoir signalé le manque de fondement de cette théorie restrictive, quand il écrivait :

« La plupart des auteurs définissent l'avantage particulier comme étant la rémunération de services rendus ou à rendre... Nous préférons cette définition plus vague, que les avantages particuliers sont tout ce qui porte atteinte à l'égalité entre actionnaires ¹. »

Relevons aussi l'opinion de MM. Beslay et Lauras d'après lesquels il y aurait avantage particulier « toutes les fois qu'une société accorde par ses statuts une situation privilégiée à ses premiers actionnaires, ou à ses plus anciens actionnaires ou à telle classe spéciale d'actionnaires ». Il est vrai que ces auteurs analysent ensuite cette situation privilégiée comme étant le plus souvent le fait d'avantages, accessoires d'un apport en nature.

Avant d'aborder l'étude de l'évolution récente de la doctrine et d'en rechercher les causes déterminantes, il convient de nous demander si la loi belge et les auteurs qui l'ont commentée étaient mieux fixés sur la notion d'avantage particulier.

*
* *

A la différence du système français, lequel consiste en

¹ WAHL, *Précis de droit commercial*, nos 687-690.

une procédure de vérification des apports en nature et des avantages particuliers, la loi belge du 18 juin 1873 (modifiée par celles du 22 mai 1886 et 25 mai 1913) est basée sur la publicité et la responsabilité.

On sait que les sociétés anonymes peuvent être constituées en Belgique de deux façons : par un ou plusieurs actes ou par souscription. Quelles sont donc les garanties prévues par la loi en matière d'avantages particuliers ?

A. — *Publicité.*

« L'acte constitutif de société, édicte l'article 31 ⁵ de la loi, doit contenir notamment... la cause et la consistance des avantages particuliers attribués à chacun des fondateurs. »

En cas de constitution de la société par voie de souscription, le bulletin de souscription doit contenir les mêmes énonciations.

En outre, l'action au porteur doit indiquer « les avantages particuliers attribués à chacun des fondateurs » mais sans avoir à préciser leur cause.

Pas plus que la loi française, la loi belge n'a donné de définition de l'avantage particulier.

Le législateur belge a cependant voulu distinguer entre les avantages particuliers et certains avantages accordés à l'occasion de la formation de la société — ou, tout au moins, il a entendu ne pas limiter la portée de la loi aux seuls avantages rémunérant les services rendus à la société.

Dans son paragraphe 6°, l'article 31 de la loi prévoit en effet expressément, que sur l'acte constitutif doit encore

figurer « le montant réel ou approximatif des frais, dépenses ou rémunérations sous quelque forme que ce soit, qui incombent à la société ou qui sont nées à sa charge lors de sa constitution ».

On pourrait objecter, il est vrai, que les prescriptions contenues dans les deux paragraphes de l'article 31 visent en réalité la même hypothèse, et que les avantages particuliers accordés aux fondateurs ne sont que la rémunération des services qu'ils ont rendus à la société lors de sa formation.

La portée des mots « avantages particuliers » est cependant beaucoup plus étendue dans le premier paragraphe que dans le second. Cela résulte du système de la responsabilité, tel qu'il a été organisé par la loi belge.

B. — *Responsabilité.*

Une responsabilité très lourde, puisqu'ils sont considérés comme codébiteurs solidaires, pèse sur les fondateurs. Notre but n'est pas d'étudier la nature de cette responsabilité, mais d'établir quelles personnes elle va frapper, autrement dit, qui doit être considéré comme fondateur ?

La loi de 1886 complétée par celle du 25 mai 1913 a ajouté à l'article 31 de la loi de 1873 un paragraphe ainsi conçu :

« Si les actes désignent comme fondateurs un ou plusieurs actionnaires, possédant ensemble au moins un tiers du capital, les autres comparants qui se bornent à souscrire des actions contre espèces, sans recevoir directement ou indirectement aucun avantage particulier, seront tenus pour simples souscripteurs. »

Il faut en conclure que, devra être considéré comme fondateur, tout souscripteur d'actions qui recevrait un avantage particulier quelconque — alors même, ajoute un auteur belge, que cela ne résulterait pas de l'acte constitutif ¹.

Le fondateur n'est donc plus seulement celui qui a contribué à la formation de la société mais tout souscripteur qui reçoit dans l'acte constitutif un avantage quel qu'il soit.

S'il résulte des textes mêmes des lois belges sur les sociétés que la portée de leurs prescriptions ne doit pas être restreinte aux seuls avantages accordés en raison de services rendus à la société lors de sa constitution, nous devons constater que, pas plus que les lois françaises les lois belges n'ont donné de définition des avantages particuliers.

Les travaux préparatoires et les discussions à la Chambre et au Sénat ne sont guère plus explicites.

Un des membres de la Chambre des Représentants, M. Reynaert posa, cependant au ministre de la Justice la question suivante :

« Je voudrais savoir quel est le sens exact qu'il faut attacher à ce mot « avantage ».

» Doit-on entendre par ce mot les primes et gratifications qui seraient accordées aux fondateurs pour services rendus antérieurement à la constitution de la société ? Ou bien faut-il donner un sens plus large à ce terme et entendre par là les traitements, sous quelque forme que ce soit,

¹ RESTEAU, *Les Sociétés anonymes devant les lois belges*, t. I, n° 447.

alloués aux Administrateurs ou aux Commissaires de la sociétés ? »

Le ministre de la Justice répondit :

« Les avantages accordés par l'article 30 aux fondateurs sont tous les avantages particuliers qui sont stipulés dans le contrat en faveur des personnes qui ont créé la société et qui ont fait certains apports; quant aux administrateurs, ils auront les avantages qui leur seront accordés par l'assemblée générale ¹. »

Cette réponse est imprécise et erronée, car les avantages accordés aux administrateurs peuvent valablement être fixés par les statuts.

Du reste, les auteurs belges qui ont commenté les lois sur les sociétés semblent avoir une vue beaucoup plus large de la notion d'avantage particulier.

C'est ainsi que Resteau écrit :

« Souvent, il ne sera point difficile de déterminer ce qui constitue un avantage particulier. Cependant il est certains droits reconnus à certaines personnes par le pacte social, qui peuvent laisser quelque doute au point de vue qui nous occupe.

» Doit être considérée comme avantage particulier, le droit reconnu aux fondateurs de souscrire à un taux déterminé par les statuts ou à fixer ultérieurement par le Conseil d'administration ou par l'assemblée générale, les actions qui seraient émises en vue de l'augmentation du capital. »

Resteau pose ensuite la question de savoir si l'attribution

¹ GUILLERY, *Commentaire législatif*, III, n^{os} 234, 237.

dans les statuts à un fondateur d'une place d'Administrateur rétribué constitue un avantage particulier ¹.

Un autre auteur, Wauvermans, est encore beaucoup plus explicite :

« En général, il faut mentionner dans l'acte de société toute espèce d'avantage qui n'est pas accordé à la généralité des actionnaires ². »

Et développant sa pensée, l'auteur ajoute :

« Par avantage particulier, il faut entendre non seulement les primes et gratifications qui seraient attribuées aux fondateurs pour services rendus antérieurement à la constitution de la société, mais tout avantage qui n'est pas accordé uniformément à tous les autres actionnaires. »

Et il cite comme exemples d'avantages particuliers : le droit de libérer les actions souscrites par voie de compensation, l'attribution à certains actionnaires d'actions de jouissance, le droit de céder ou d'acquérir certains biens, les conventions de levée d'option, etc...

« En résumé, termine Wauvermans, l'avantage particulier dans le contrat social, c'est tout ce qui est accordé à charge du capital, en dehors de ce que le commun des souscripteurs obtient. »

*
**

Concluons donc que le mérite des lois belges sur les sociétés est d'avoir distingué les avantages proprement

¹ RESTEAU, *op. cit.*, n° 599.

² WAUVERMANS, *Manuel pratique des Sociétés anonymes*, pp. 58 et 697.

dits, des frais de constitution et d'avoir soumis les uns comme les autres à un régime très large de publicité.

Si dans ces lois, nous ne trouvons pas de définition de la notion d'avantage particulier, les auteurs qui les ont commentées ont donné à cette notion un sens beaucoup plus étendu qu'en France.

Dans la pratique, les fondateurs de sociétés belges ne se demandent pas si tel avantage est particulier ou non. Dans tous les cas, ils n'hésitent pas à se conformer aux prescriptions légales en matière de publicité. C'est pourquoi la question en Belgique présente un intérêt bien moindre que dans notre législation. Très peu nombreuses sont les décisions de jurisprudence rendues à cet égard par les tribunaux belges.

*
* *

Comment expliquer dès lors le succès auprès de la doctrine de la théorie restrictive de la notion d'avantage particulier si manifestement contraire à l'esprit du législateur de 1856 et de 1867 ?

Cette interprétation erronée de la loi s'explique en réalité par les faits.

Longtemps, comme l'a fait remarquer un auteur, les fondateurs de sociétés n'ont connu comme avantages que les avantages sur les bénéfices ; de même que les seuls avantages accordés, l'étaient en raison de services rendus ou à rendre à la société. Il n'est donc pas étonnant que ceux-là seuls aient été donnés en exemple.

D'autre part, les avantages autres que les avantages

purement pécuniaires accordés aux fondateurs lors de la constitution de la société, pouvaient paraître insignifiants aux regards des actionnaires et en tout cas ne pas nécessiter la procédure longue, coûteuse et compliquée de l'article 4 de la loi de 1867. Ils n'en étaient pas moins des avantages particuliers.

Cependant avec le développement des sociétés, des avantages particuliers autres que des avantages portant sur les bénéfices, sont apparus dans la pratique ; tels : le droit de vote, le droit de souscription, etc... On a peut-être été tenté, au début, de les soustraire à l'application de l'article 4.

Mais, à la réflexion, pouvait-on dire, par exemple, des actions à droit de vote privilégié qu'elles ne constituaient pas un avantage particulier, tout au moins lorsqu'elles étaient accordées à une certaine catégorie d'actionnaires à l'exclusion des autres ? Il y a bien là cependant « accroissement d'intérêts », pour employer le langage du rapporteur de la loi de 1867. Et d'autre part, le danger prévu par le législateur de 1856 et de 1867 est ici nettement caractérisé. L'on sait que, dans la pratique, ces actions ont donné lieu à des abus tellement scandaleux que la loi du 26 avril 1930 prévoit leur interdiction.

Sous l'influence des faits plutôt que par une étude logique des lois sur les sociétés et conforme à l'esprit dans lequel elles avaient été conçues, les auteurs ont été amenés à se demander si la théorie restrictive était fondée et s'il fallait délibérément écarter de l'application de l'article 4 des avantages pour la seule raison qu'ils ne constituaient pas une répartition sur les bénéfices ou l'allocation d'une somme d'argent.

Cette solution a été unanimement repoussée par les auteurs qui ont étudié plus spécialement les actions privilégiées. Tous en arrivent à cette conclusion que certains privilèges attachés à certaines actions, tel le privilège de votation ou encore le droit de souscription par priorité, peuvent très bien constituer de véritables avantages particuliers. Et la raison qu'ils en donnent est parfaitement rationnelle et légale : « La gravité du droit de vote privilégié, fait remarquer M. Amiaud, et la rupture qu'il entraîne dans l'égalité entre les actionnaires peuvent constituer pour les actionnaires de la catégorie B un véritable danger. Elles peuvent être et elles ont été une source d'abus¹. »

Développant ce point de vue, M. Mazeaud pose le principe que « si les avantages pécuniaires sont ceux qui le plus souvent détruisent l'égalité, ils ne sont pas les seuls² ».

Dans une excellente analyse de la notion d'avantage particulier, M. Bosvieux n'est pas moins catégorique. D'après cet auteur, certains droits, « bien que n'ayant pas le caractère de droits patrimoniaux ont une importance telle et peuvent prêter à de si graves abus, que leur vérification s'impose avec autant et plus de force encore que l'attribution d'une part de bénéfices ou l'allocation d'une somme d'argent³ ».

¹ AMIAUD, *Les actions à droit de vote inégal*, pp. 14-22.

² MAZEAUD, *Le vote privilégié dans les Sociétés de capitaux*, pp. 144 et suivantes.

³ BOSVIEUX, *art. cit.* (*J. Soc.*), 1927, p. 65.

Ces idées ont été résumées par M. Houpin dans son *Traité de droit commercial* :

« Il semble plus conforme à l'esprit comme au texte de la loi et d'ailleurs plus logique, de considérer comme un avantage particulier, tout droit et toute allocation ou rétribution ayant pour effet de rompre l'égalité entre les associés ¹. »

La plupart des auteurs ont adopté la nouvelle théorie ².

Citons entre autres Lacour et Bouteron qui admettent que la stipulation d'un droit de vote plural peut, dans certains cas, « porter une atteinte évidente à la règle de l'égalité entre associés et rentrer dans la définition élargie de l'avantage particulier ³ ».

MM. Lyon-Caen et Renault eux-mêmes ont modifié leur manière de voir, et c'est en ces termes qu'ils s'expriment dans la quinzième édition de leur *Traité de droit commercial* :

« Tout ce qui rompt l'égalité entre actionnaires constitue un avantage particulier. Ainsi une somme fixe attribuée à un actionnaire, un prélèvement de tant pour cent sur les bénéfices, des jetons de présence, un avantage de vote sont des avantages particuliers ⁴. »

*
* *

¹ HOUPIN, *op. cit.*, n° 704.

² FLOUCAUD-PÉNARDILLE, p. 219; PERCEROU, *Des fond. de Sociétés anonymes*, p. 160; WAHL, *Précis*, nos 687 et 690; SOLUS, *R. Soc.*, 1923, p. 366.

³ LACOUR et BOUTERON, *op. cit.*, n° 443; v. aussi COPPER-ROYER, *Traité théorique et pratique des Sociétés anonymes*, II, p. 315.

⁴ LYON-CAEN et RENAULT, *Manuel de droit commercial*, 15^e édit., n° 239.

En résumé, si de nos jours, certains auteurs restent partisans de l'ancienne théorie, la majorité de la doctrine se prononce en faveur de la théorie extensive de la notion d'avantage particulier, parce qu'elle a fini par reconnaître qu'elle seule était basée sur l'interprétation rationnelle des textes et répondait aux exigences de la vie moderne des sociétés.

Par avantages, les auteurs s'accordent donc généralement à entendre les avantages non seulement pécuniaires mais les avantages de toutes sortes constituant une rupture d'égalité au profit d'un associé ou d'un groupe d'associés.

CHAPITRE III

L'avantage particulier dans la jurisprudence

Nombreuses sont les décisions de jurisprudence qui ont fait état du principe de l'égalité entre actionnaires. Bien plus rares sont les décisions basées sur l'inobservation des formalités de l'article 4 de la loi de 1867. Essayons néanmoins de dégager relativement au point qui nous occupe la tendance de la jurisprudence.

Une première constatation s'impose : très peu d'arrêts ont tenté de définir la notion d'avantage particulier.

Nous trouvons cependant un vieil arrêt de la Cour de Bordeaux du 20 novembre 1865, inspiré, semble-t-il, de la doctrine de Romiguière ; lequel, avons-nous vu, avait justement commenté la loi du 17 juillet 1856 sur les sociétés en commandite par actions :

Attendu, lisons-nous dans cet arrêt, que l'assemblée générale des actionnaires chargée de vérifier et d'apprécier la valeur des avantages particuliers, est seule juge des questions de ce genre, et qu'elle est seule appelée à se prononcer non seulement sur l'étendue, mais encore sur la nature même des profits, prélèvements, avantages quelconques rompant l'équilibre entre les associés.

Et plus loin, le même arrêt rappelle « la nécessité d'une assemblée générale spéciale pour l'approbation des avantages particuliers quelconques stipulés dans les statuts à leur profit par des associés ».

Malheureusement, dans la suite, la théorie préconisée par MM. Mathieu et Bourguignat semble avoir dominé la jurisprudence comme la doctrine.

C'est ainsi qu'un jugement de la Cour de Paris, du 27 juin 1888, affirme que : « Ne rompt pas l'égalité entre associés et par conséquent ne constitue pas un avantage sujet à vérification, la concession à un associé de la gestion d'une agence sociale qui ne comporte aucun prélèvement sur les bénéfices sociaux au profit du concessionnaire. »

Il est vrai qu'un jugement du tribunal de Bordeaux, du 18 mai 1911, édicte qu'il y a lieu de procéder à la vérification des avantages particuliers « spécifiés lors de la constitution au profit d'actionnaires, de quelque nature et à quelque titre que ce soit ».

Citons encore un jugement plus récent de la Cour de Lyon du 15 mars 1928, intéressant en ce sens qu'il paraît vouloir innover en jurisprudence en donnant de la notion d'avantage particulier un critérium nouveau.

Attendu, relevons-nous dans cet arrêt, qu'il est de doctrine (DALLOZ, *J. G. S.*, V. *Société*, n° 1289) que par les mots avantages particuliers, la loi a entendu désigner les avantages ou bénéfices accordés à un ou plusieurs associés au détriment de la masse.

Commentant cet arrêt, un auteur a très justement fait remarquer qu'il contenait une expression pour le moins ambiguë :

Le mot « ou » intercalé entre le mot « avantage » et le mot « bénéfices » prête à deux sens : il peut signifier « c'est-à-dire », et alors l'arrêt interprète la loi dans un sens restrictif. Il peut encore être synonyme de « ou bien », ce qui équivaldrait à l'adoption de la théorie extensive :

car il opposerait le terme générique « avantages » au terme restrictif « bénéfices ».

Mais, en dehors de cette question de terminologie, cet arrêt semble poser en principe que pour qu'il y ait avantage, il faut nécessairement que cet avantage porte préjudice aux droits de la masse des actionnaires.

Dans l'espèce soumise à l'appréciation de la Cour, en effet, il s'agissait de savoir si, constituaient des avantages particuliers sujets à vérification « l'obligation pour l'actionnaire occupant un emploi dans la société d'abandonner ses actions le jour où il cesse d'être employé, de même que la faculté réservée aux fondateurs d'échapper à cette obligation ».

La Cour a répondu par la négative en soutenant qu'il n'y avait là aucun préjudice pour les autres actionnaires et que cette manière de voir était conforme à la doctrine, se contentant de renvoyer à ce sujet à un article du répertoire Dalloz sous le mot « avantage particulier ».

Or, si nous consultons ce passage, nous constatons qu'il se borne à déclarer que le caractère commun de tous les avantages particuliers est de rompre l'égalité entre associés et que, doit être considérée comme avantage particulier toute stipulation statutaire qui présente le caractère de faveur de privilège conféré à quelques-uns.

A vrai dire, c'est là le cas le plus fréquent, mais le critérium de l'avantage particulier ne réside pas dans le fait que le droit conféré à quelques-uns porte préjudice à la masse des actionnaires. Comme l'a très bien fait remarquer un auteur, il est évident que la formule employée au Dalloz pour opposer le privilège accordé à quelques-

uns, aux droits de la masse, vise seulement la masse des actionnaires, c'est-à-dire « tous les autres, tous ceux qui ne sont pas privilégiés, parce qu'on ne saurait concevoir que dans une masse d'individus qui doivent statutairement et légalement avoir les mêmes droits, on puisse en accorder un supérieur à quelques-uns sans que les autres en souffrent ¹ ». Pour nous, il y a avantage dès lors qu'il y a stipulation d'un droit préférentiel, et d'un droit préférentiel quelconque.

Un jugement du tribunal de commerce de Rouen du 28 avril 1930, que nous citerons en terminant, paraît cependant nettement opposé à cette manière de voir ².

D'après ce jugement, n'est pas contraire à la loi la disposition des statuts qui confère le même nombre de voix à chacune des actions représentant le capital social, bien que certaines de ces actions soient d'une valeur nominale inférieure à celle des autres.

Attendu, relevons-nous, que B... et joints objectent encore que si Moreau disposait d'une voix pour chacune de ses actions, il jouirait d'un avantage particulier qui ne saurait être invoqué sans l'accomplissement régulier de la procédure d'approbation prévu par l'article 4 de la loi du 24 juillet 1867, mais qu'il ne s'agit pas en l'espèce d'un avantage particulier, qui ne peut s'entendre que pour les allocations portant sur le capital ou sur les bénéfices, que tout droit qui n'implique aucun prélèvement sur les bénéfices sociaux stipulés au profit de certains actionnaires n'est pas un avantage particulier.

Ce jugement prend nettement partie pour la théorie restrictive. Mais, à notre avis, il ne faut lui attribuer qu'une valeur relative.

¹ V. note DOLBEAU sous arrêt précité (*J. Soc.*), 1928, p. 337.

² Trib. de Commerce de Rouen, 28 avril 1930 (*J. Soc.*), p. 391.

*
* *

En résumé de cette étude, nous pouvons conclure que la jurisprudence s'est ressentie du manque de cohésion de la doctrine. Les arrêts relatifs aux avantages particuliers visent plutôt des cas d'espèces. Néanmoins ceux qui ont tenté d'en donner une définition sont contradictoires et s'appuient sur des arguments faibles quand ils ne sont pas erronés.

Il semble cependant résulter des derniers jugements que la tendance la plus récente de la jurisprudence soit en faveur de l'acceptation de la théorie restrictive, en opposition avec l'opinion de la majorité de la doctrine, basée, avons-nous vu, sur une interprétation raisonnée des textes et une juste conception de l'évolution de la société moderne

CHAPITRE IV

Essai d'une définition du mot « Avantage »

Pris dans son sens littéral, le mot « avantage » désigne toute prestation faite ou promise par la société à l'un de ses membres et qui n'est pas compensée par une prestation équivalente de ce dernier.

L'attribution de parts de fondateurs aux plus forts souscripteurs semble répondre à cette définition. C'est bien réellement un « avantage » que leur accorde la société.

Mais dans la plupart des cas, il y a contre-prestation de la part de l'actionnaire. Il y a prestation de la société promise en échange d'un travail ou d'une autre prestation. C'est pourquoi la plupart des auteurs et la jurisprudence analysent l'avantage comme étant la rémunération de services rendus ou à rendre, ou encore comme un bénéfice accordé « au détriment de la masse ». Et alors, peut-on réellement parler d'avantages ?

En réalité, le mot « avantage » ici est impropre. Ce qu'il faut considérer pour caractériser la notion d'avantage, ce n'est pas la cause de l'avantage, gratuit ou onéreux ; ce n'est pas non plus seulement la situation des associés vis-à-vis du capital de la société ou du mode de répartition de ce capital, et des bénéfices dont il sera la source, une fois la société constituée, mais c'est plus généralement la situa-

tion des associés envisagée dans leurs rapports respectifs en tant que parties à un contrat qui s'appelle le contrat de société.

Il y aura donc avantage toutes les fois que la société accordera à l'un des associés plus qu'à un autre ; toutes les fois qu'il se produira une rupture d'équilibre au profit de l'un d'entre eux ou d'une catégorie d'actionnaires, par l'octroi d'un droit préférentiel quelconque, somme fixe, part sur les bénéfices ou de toute autre manière, quand bien même l'avantage ainsi octroyé n'aurait pas pour cause une prestation immédiate de leur part.

A vrai dire, peut-on parler d'avantage purement gratuit ?

La part de fondateur accordée aux plus forts souscripteurs, que l'on donne souvent comme exemple d'avantage gratuit ¹ correspond à un véritable service rendu à la société. C'est un principe de justice que les droits doivent être proportionnés à la grandeur des risques courus. L'octroi d'avantages particuliers de cette sorte présenterait bien le caractère d'une compensation ².

Nous verrons toutefois qu'il en serait différemment des conventions à titre onéreux passées entre la société et certains de ses membres. D'après l'opinion de la doctrine et de la jurisprudence, elles ne constituent pas des avantages dans le sens de l'article 4 de la loi du 24 juillet 1867.

¹ Note de M. WAHL, sous Sirey, 1914, 2, 130.

² Jean RAULT, *Traité des parts de fondateur*, p. 367.

M. Bosvieux a donné une excellente définition de la notion d'avantage particulier (*J. Soc.*, 1927, p. 73) : « C'est, écrit-il, tout droit et toute allocation ou rétribution ayant pour effet de rompre l'égalité contractuelle entre associés. »

C'est ce qui a été décidé pour les marchés passés avec certains actionnaires pour des fournitures ou des travaux ou pour la constitution d'agences. Encore faut-il que ces conventions aient le caractère de véritables contrats commerciaux présentant des chances de pertes comme des chances de gains : elles rentrent alors dans la compétence du Conseil d'administration.

DEUXIÈME PARTIE

Les différentes sortes d'avantages particuliers

Observation préliminaire

La loi française ne prohibe aucune espèce d'avantages. La société est donc entièrement libre d'en attribuer sous quelque forme que ce soit.

Toutefois, il y a lieu de faire exception pour les Compagnies de chemins de fer, où les avantages sont prohibés par la loi du 15 juillet 1845, article II, aux termes de laquelle « les fondateurs n'auront droit qu'au remboursement de leurs avances dont le compte, appuyé de pièces justificatives, aura été accepté par l'assemblée générale des actionnaires ».

Dans plusieurs législations étrangères, on trouve des prohibitions d'une portée plus générale. Signalons entre autres les Codes de commerce italien (art. 127) et roumain (art. 128) qui admettent comme avantages particuliers uniquement le prélèvement d'une partie des bénéfices ne pouvant pas être inférieure à 1/10 des bénéfices nets, pour une durée de cinq ans au plus, sans qu'elle puisse dépasser le tiers de la durée de la société.

Nous n'avons pas la prétention de donner ici une liste complète et limitative des avantages particuliers. Notre but est d'énumérer ceux qui se rencontrent le plus souvent dans les sociétés et qui font l'objet de controverses.

CHAPITRE PREMIER

Allocations en espèces

On désigne sous le nom d'allocations en espèces, l'attribution à certaines personnes d'avantages qui se traduisent par le versement d'une somme d'argent. Ces avantages purement « pécuniaires » peuvent être octroyés une fois pour toutes ou périodiquement et sous forme de rétribution fixe ou proportionnelle sur les bénéfices sociaux : ce sont les plus fréquents.

SECTION I. — *Les commissions.*

Une commission peut être l'allocation à une personne d'une somme d'argent, sous forme d'honoraires, primes, gratifications ou remboursement d'avances, démarches personnelles faites en vue de la constitution de la société ou de frais d'études pour parvenir à son fonctionnement.

Allouées à un fondateur ou à un associé dans les statuts, de telles allocations constituent des avantages particuliers, même si elles ne paraissent pas excessives eu égard à l'importance du capital social ¹, même si elles ne représentent que le prix des services rendus ou le remboursement exact de frais et débours.

Dans ce dernier cas, cependant, on admet qu'elles ne

¹ Arrêt Paris 14 juin 1929 précité, *Rev. Soc.*, 1929, p. 432

donnent pas lieu à vérification, quand elles sont contenues dans un état annexé aux statuts. Cet état doit comprendre les noms des bénéficiaires, le montant et la cause de la rétribution. Mais, d'après nous, ne serait pas suffisante ou tout au moins est dangereuse, la clause des statuts prévoyant simplement que « les frais de constitution seront remboursés au fondateur ». Ainsi il a été jugé que l'allocation postérieure à la constitution de la société à un fondateur d'une somme forfaitaire à titre d'honoraires constituait en réalité un pacte occulte contemporain à la constitution de la société et que, dans l'espèce, tout avait été combiné pour éviter la procédure de vérification ¹.

Allouées à des tiers, ces allocations ne doivent plus être considérées comme avantages particuliers (et c'est là, à notre sens, une lacune regrettable de la loi de 1867). Encore faut-il que ces tiers en soient les bénéficiaires véritables et définitifs.

*
* *

Une clause des statuts peut encore donner droit à une fraction des bénéfices ou à une somme fixe, « en représentation de certains frais engagés en vue de la formation du capital social ». Une telle allocation est connue sous le nom de « commission de banque ».

Nous savons que la commission de banque doit résulter d'un acte exprès de volonté émanant des actionnaires et qu'elle ne saurait résulter d'une clause qui ne fixe aucune somme déterminée.

¹ Rep. DALLOZ, V. Soc., n° 2525. V. aussi PONT, n° 975, THALLER et PIC, n° 933.

« Il a été jugé en ce sens que les frais dus à un agent pour l'émission des actions d'une société en voie de formation ne sont à la charge de celle-ci que si les actionnaires réunis en assemblée générale pour l'approbation des statuts ont formellement consenti à les assurer. Il en est ainsi, alors même que les statuts approuvés par les actionnaires stipulent que les frais de publication, constitution et autres seront à la charge de la société. Une pareille clause doit être considérée comme insuffisante ¹. »

Il a cependant été jugé que rien ne s'oppose à ce qu'une Commission de banque soit payée par une société après sa constitution, dès lors que les statuts ont fixé, parmi les charges de constitution, les frais d'émission des actions et que le montant de la commission n'excède pas les prévisions normales ; dans ce cas, en effet, les intéressés ne sont pas trompés sur l'évaluation des capitaux devant rester disponibles pour l'exploitation de l'entreprise sociale ².

Dans la pratique, on admet généralement qu'une commission de banque peut être valablement allouée à un fondateur ou à un banquier désigné par le fondateur, sous la seule condition que cette commission de banque ait été expressément approuvée par l'assemblée constitutive, soit parce que son principe et son quantum ont été clairement insérés dans les statuts, soit qu'une délibération spéciale de l'assemblée est intervenue à son sujet. Il ne serait pas ainsi indispensable qu'un commissaire vérificateur ait procédé à l'examen des causes de cet avan-

¹ Trib. Comm. du Havre, 11 avril 1905 (*J. Soc.*), 1907, p. 171

, ² Lyon, 6 mars 1912 (*Rev. Soc.*), 1913, p. 458.

tage particulier et ait dressé de ses constatations un rapport dont les conclusions seraient soumises à l'assemblée ¹.

Cette solution nous paraît critiquable. A notre avis, il faut distinguer suivant que la commission est attribuée à un associé ou à un étranger à la société. Dans le premier cas, la procédure de vérification doit être remplie, que l'associé bénéficiaire de la commission soit un fondateur, un banquier ou un simple actionnaire. Dans le deuxième cas, nous sommes en dehors de la sphère d'application de l'article 4.

Il a été jugé en ce sens que la commission de banque allouée au fondateur doit être considérée comme un avantage particulier à son profit ; qu'à ce titre, elle doit être stipulée par les statuts comme ayant une cause antérieure à la constitution de la société et qu'elle doit être vérifiée et approuvée conformément aux prescriptions de la loi du 24 juillet 1867 ².

Cette solution est très rationnelle. Les commissions de banque sont souvent fort élevées ; (elles atteignent parfois 20 %) ; elles pèsent sur la société avant même que celle-ci ait commencé à fonctionner. Il est donc juste que les actionnaires puissent les approuver ou les refuser en toute connaissance de cause. Là encore, il faut regretter que la garantie de l'article 4 soit limitée aux commissions attribuées aux seuls associés.

¹ COPPER-ROYER, *op. cit.*, p. 315. En sens opposé, HÉMAR, *op. cit.*, n° 173, p. 291.

² Besançon, 3 août 1898 (*J. Soc.*), 1900, p. 15.

SECTION II. — *Appointements.* —

Tantièmes et jetons de présence.

La question de savoir si l'attribution au gérant de la société en commandite, au fondateur, à l'administrateur au commissaire de surveillance, au directeur de la société anonyme, d'allocations soit fixes soit proportionnelles sur les bénéfices, constitue un avantage particulier, est une des plus controversées de notre matière. C'est elle assurément qui a donné lieu au plus grand nombre de décisions de jurisprudence.

Ces controverses naissent du fait que certains auteurs ont entendu distinguer entre les différentes causes des avantages ainsi stipulés et voir dans les uns de véritables avantages au sens de l'article 4, dans les autres, au contraire, la rémunération de fonctions administratives, voire même une simple location de services. Nous verrons ce qu'il faut entendre par avantages réservés à la fonction et dans quels cas ceux-ci doivent être considérés comme des avantages particuliers.

En fait, la cause de ces avantages est le plus souvent complexe. Et si l'on devait adopter l'opinion de ces auteurs, il faudrait décomposer ces avantages et se demander à l'occasion de chacun d'eux si c'est un traitement proportionnel ou seulement un supplément s'ajoutant à une rémunération fixe ou variable.

Il ne faudrait pas croire que cette question se soit posée uniquement à l'occasion des avantages particuliers. Elle a également une grande importance en matière de comp-

tabilité et au point de vue fiscal. C'est ainsi que dans le même ordre d'idées, l'on s'est demandé si les tantièmes alloués aux administrateurs devaient être portés aux frais généraux de l'entreprise et déduits du produit bénéficiaire net, ou si, au contraire, ils constituaient une concession d'une part sur les bénéfices nets assimilables au dividende.

La doctrine et la jurisprudence se sont toujours montrées assez hésitantes à cet égard ¹. Cependant, depuis la loi du 1^{er} juillet 1916 sur les bénéfices de guerre, doctrine et jurisprudence sont d'accord pour considérer la question plutôt comme une question de fait résultant du quantum des tantièmes accordés : c'est tantôt une rémunération de service rendu ou travail fourni, tantôt une participation bénéficiaire effective ².

Au point de vue fiscal les tantièmes et tous les modes de rémunération des administrateurs sont soumis à l'impôt sur le revenu des valeurs mobilières quand ils sont attribués aux administrateurs en leur seule qualité d'administrateurs. (Loi 29 avril 1926, art. 16. Loi du 13 juillet 1925, art. 27.) Les rémunérations spéciales accordées à l'administrateur délégué sont au contraire soumises à l'impôt des salaires. (Loi du 19 décembre 1926, art. 4 ³.)

Il est, dès lors, facile de comprendre combien serait délicat le recours à un pareil critérium pour distinguer si un avantage de cette nature rentre ou non dans le cadre de l'article 4.

¹ V. notamment Riom, 2 février 1901 (*R. Soc.*), 1901, p. 443, et *Juris. Soc.*, fasc. VII, n° 76.

² *Con des bénéf. de guerre*, 27 avril 1917, *R. B. g.*, n° 46.

³ LYON-CAEN et RENAULT, *op. cit.*, p. 289.

D'autres auteurs ont proposé un système un peu différent : seraient seuls soumis à vérification sans tenir compte s'ils sont ou non la rémunération d'une fonction, les avantages consistant en une participation sur les bénéfices, tandis que resteraient en dehors de l'application de la loi les traitements et appointements de nature fixe. Un traitement, prétendent ces auteurs, est déterminé une fois pour toutes : il correspond au travail fourni ou au service rendu. Une participation aux bénéfices, au contraire, est bien fixée quant à son coefficient, mais le produit n'en est pas immédiatement déterminable, il dépend de la marche de la société. Impossible donc, de juger dès la constitution de la société si cette participation est exactement proportionnée aux devoirs accomplis ou aux services à rendre. Par conséquent, il faut voir là plutôt un avantage particulier que la rémunération d'une fonction. Etudions successivement le cas du gérant de la société en commandite, le cas de l'administrateur et celui du directeur.

A. *Allocations au gérant.* — La question s'est posée notamment dans la société en commandite pour les allocations au gérant. Le gérant statutaire, établirons-nous, doit être considéré comme un associé. Certains auteurs ont prétendu que si la rétribution du gérant consistait uniquement en une somme fixe il n'y avait pas lieu à vérification, que si au contraire elle comprenait une participation aux bénéfices, la vérification devenait nécessaire¹.

Mais la majorité de la doctrine est en sens contraire²

¹ MATHIEU et BOURGUIGNAT, *op. cit.*, p. 454 ; PONT, n° 977 ; WAHL S., 1914. II, 131. V. aussi SJREY, 1868, I, 146.

² ROUSSEAU, n° 1129 ; ARTHUYS, n° 346 ; THALLER et PIC, n° 933 ;

pour la raison bien simple que le traitement du gérant, qu'il consiste en une somme fixe ou dans une part de bénéfices, peut avoir pour cause aussi bien ses fonctions administratives que sa responsabilité, ou être encore la rémunération d'un apport d'industrie.

En fait, le but de la loi a été de protéger les actionnaires contre des avantages excessifs, quels qu'ils soient, octroyés à l'un d'eux à l'exclusion des autres. Or, dans le cas du gérant statutaire, de tels abus sont d'autant plus à craindre que la plupart du temps, c'est lui-même qui stipule de tels avantages. L'exagération pourrait porter sur le traitement fixe comme sur la répartition dans les bénéfices. Dans ces conditions on ne voit pas pourquoi, seule, la répartition sur les bénéfices devrait être soumise à un régime de vérification.

B. *Tantièmes et jetons de présence aux administrateurs.*
— Allocations au conseil de surveillance, aux commissaires censeurs.

La même question se pose dans les sociétés anonymes à propos des allocations faites aux administrateurs sous forme soit de part sur les bénéfices ou « tantièmes », soit d'appointements fixes, soit de jetons de présence.

Certains auteurs admettent que même au cas où les Administrateurs ne sont pas désignés par les statuts, l'attribution d'une part de bénéfices est sujette à vérification ¹.

HÉMARD, p. 292 ; FLOUCAUD-PÉNARDILLE, n° 400 ; HOUPIN, n° 710 ; Bordeaux, 20 novembre 1865 (S., 1866, II, 119) ; Suppl. DALLOZ, n° 1290.

¹ PONT, n° 975 ; FOUCAUD-PÉNARDILLE, n° 400 ; *Rep. D^c Fr.*, n° 3378.

La jurisprudence se montre assez contradictoire :

Ainsi il a été jugé que les allocations statutaires des Administrateurs constituant la rémunération de leurs fonctions restaient en dehors de l'article 4 ¹.

Par contre nous relevons dans un arrêt de la Cour d'Agen que la part de bénéfices allouée par les statuts au directeur fondateur d'une société anonyme doit, à peine de nullité, être approuvée par l'assemblée générale ².

A notre sens pour qu'il y ait lieu à vérification, deux conditions doivent être remplies : il faut que les avantages soient déterminés et que leurs bénéficiaires soient nommément désignés dans les statuts. Il y a bien alors stipulation au profit de personnes déterminées d'avantages personnels. La nature et la cause de l'avantage important peu. Au contraire, ne seraient pas des avantages particuliers dans le sens de l'article 4; quels qu'ils soient, ceux qui seraient attribués à la fonction sans indication du nom des bénéficiaires ou ceux dont le montant serait fixé en dehors des statuts par une assemblée générale constitutive ³.

Egalement ne constitueraient pas des avantages sujets à vérification les jetons de présence alloués aux membres du conseil de surveillance dans la commandite et aux commissaires censeurs, lesquels ne peuvent être désignés par les statuts ⁴.

¹ Seine, 16 mai 1887 (*J. S.*, 1888, p. 206) ; Seine, 4 avril 1887 (*J. S.*, 1890, p. 103). Lyon, 25 février 1903, *J. S.*, 1903, p. 306. V. aussi WAHL S., 1914, II, 130. *Juris. Soc.*, t. VI, fasc. 119, n^{os} 22 et 23.

² AGEN, 7 avril 1879, *D.*, 79, II, 219.

³ HOUPIN, n^o 711 ; GOIRAND, n^o 160 ; HÉMAR, n^o 173 ; THALLER et PIC, n^o 934.

⁴ LYON, 26 février 1903 (*J. Soc.*, 1903, 306) ; GOIRAND, n^o 160 ;

C. *Traitement des directeurs.* — On désigne sous le nom de directeur ou de directeur général une personne qui exécute les décisions du Conseil d'administration et représente la société dans les actes journaliers.

Le directeur peut être choisi parmi les administrateurs comme le suppose la loi de 1867 (art. 22, 2^e al.), il s'appelle alors administrateur délégué. Il est nommé d'ordinaire par l'Assemblée générale ou même par le Conseil d'administration ; mais il peut aussi être désigné dans les statuts.

Allons-nous dire dans ce dernier cas, que ces appointements représentés soit par un fixe soit par une participation aux bénéfices doivent faire l'objet d'une vérification — tout au moins lorsqu'ils sont prévus par les statuts et que le directeur est en même temps actionnaire de la société ?

La Cour d'appel de Lyon a répondu par la négative dans une espèce, il est vrai, un peu spéciale : un article des statuts donnait seulement le droit au Conseil d'administration d'accorder au directeur statutaire une part de bénéfices, s'il estimait à propos, mais ne lui imposait aucune obligation à cet égard. La Cour a considéré que cette « attribution facultative et éventuelle d'une part dans les bénéfices ne constituait pas un avantage certain et qu'il n'était pas nécessaire d'en soumettre à l'avance l'approbation à l'assemblée constitutive, puisque les assemblées ultérieures pouvaient toujours le cas échéant refuser cette approbation ¹ ».

ARTHUYS, 346 ; HÉMAR, p. 332 ; LACOUR et BOUTERON, n^o 445 ; THALLER et PIC, n^o 934 ; HOUPI, n^o 711 ; LYON-CAEN et RENAUT, n^o 298. Contra: PONT, n^o 975.

¹ Lyon, 3 déc. 1895 (*R. Soc.*, 1896, p. 362).

A contrario, nous pouvons donc conclure que devrait être soumis à vérification un tel avantage lorsqu'il est accordé au directeur dans les statuts d'une façon certaine c'est-à-dire sans qu'il soit besoin d'une décision ultérieure de l'assemblée ou du conseil d'administration pour en déterminer soit la nature, soit le montant.

CHAPITRE II

Attribution d'avantages divers

SECTION I. — *Réserve statutaire d'une place dans la Société. Indemnités de renvoi. — Frais divers.*

Une place d'administrateur, de commissaire ou de directeur réservée dans les statuts à l'un des associés constitue-t-elle un avantage particulier ?

Un auteur belge a répondu par la négative en s'appuyant sur le fait que les administrateurs et directeurs sont des mandataires révocables en tout temps, même lorsqu'ils sont nommés par les statuts, ajoutant que rien ne s'oppose en principe à ce que l'assemblée générale au lendemain de la constitution de la société mette fin au mandat de l'administrateur par exemple, et le prive de la rémunération accordée. « Or, d'après le même auteur, qui dit avantage dit droit certain qu'il n'est pas permis au concédant de retirer au gré de son seul caprice ¹. »

Cet auteur considère, au contraire, qu'il y aurait avantage particulier si le fondateur se faisait octroyer une place de directeur pour toute la durée de la société ou si les statuts stipulaient qu'il ne pourrait être révoqué que moyennant une indemnité importante ou par l'assemblée générale décidant à une majorité exceptionnelle.

¹ RESTEAU, *op. cit.*, n^{os} 600 et 601.

Cette opinion ne nous paraît pas fondée.

Il est certain que, à moins de clause contraire, le directeur est révocable *ad nutum* et sans indemnité. Il n'y a du reste, à ce sujet, aucune distinction à faire suivant que le directeur est nommé par les statuts (Paris 12 juin 1877 et 13 décembre 1883. Trib. Civil de Nantes, 11 déc. 1905. Rennes, 6 août 1909. Cass. req., 20 déc. 1910. D., 1912, I, 144 et S. 1911, I, 255) par l'assemblée générale (Cass., 30 avril 1878) ou par le conseil d'administration (Rennes, 23 avril 1883, *J. Soc.*, 1886, p. 67) ¹.

Mais à notre sens, c'est une erreur de prendre la durée de l'avantage comme critérium de l'avantage lui-même. L'avantage existe dès lors qu'il est attribué à un associé dans les conditions déterminées par la loi, et cela quelle que soit sa durée, quand bien même il serait susceptible de disparaître par la révocation de son bénéficiaire.

Il a été jugé que le directeur qui cesse ses fonctions avait le droit d'exiger que sa part de bénéfices soit calculée d'après l'état des bénéfices existant au moment de son départ et au prorata du temps pendant lequel il est resté en fonctions ².

L'avantage existe donc bien, mais son quantum peut ne pas être déterminé au moment de la formation de la société. La durée de l'avantage est un facteur du quantum et non une condition d'existence de l'avantage lui-même.

Du reste, on sait que les administrateurs statutaires ne sont nommés que pour trois ans (art. 25, loi de 1867). Certains avantages qui leur avaient été octroyés dans les

¹ *Juris. Soc.*, VI, fasc. 133, n^{os} 16 et s.

² Rennes, 11 juillet 1889, *R. Soc.*, 1891, p. 215.

statuts peuvent très bien cesser au moment de l'expiration de leur mandat, s'ils ne sont pas réélus.

Un autre auteur a prétendu que la promesse d'une place d'administrateur, de commissaire ou de directeur constituait un avantage particulier si « c'était une condition de la souscription et si l'acte la réalisait, comme l'accomplissement d'une charge sociale. Il en serait autrement, ajoute cet auteur, si la nomination était faite sans engagement préalable, par la libre désignation des associés ¹ ».

Cette opinion nous paraît également inexacte. La promesse d'une place ou d'un poste dans la société faite à l'un des associés aux termes des statuts doit être considérée comme un avantage particulier au même titre et dans les mêmes conditions que l'attribution de la place elle-même, c'est-à-dire dès l'instant qu'il y a effectivement avantage. Il serait trop facile d'échapper aux règles de la loi s'il suffisait de se faire attribuer par ses coassociés l'avantage sans le stipuler soi-même.

Il a du reste été jugé dans une espèce un peu semblable, que la proposition « spontanée » d'un actionnaire d'allouer à un fondateur une somme déterminée pour le rémunérer de ses démarches, avait été combinée d'avance pour éviter la procédure longue et désobligeante de l'article 4 ².

*
* *

Il arrive fréquemment que le directeur associé stipule pour le cas où il viendrait à être révoqué une indemnité

¹ WAUVERMANS, *op. cit.*, n° 99.

² Paris, 14 juin 1929, *J. Soc.*, 1929, p. 432.

dite « de renvoi » ce qui est exorbitant du droit commun : le directeur d'après une jurisprudence constante, est révocable *ad nutum* et sans indemnité.

La stipulation à son profit dans les statuts par le directeur associé, d'une indemnité de renvoi constitue bien un avantage particulier sujet à vérification : c'est ce qui a été admis par la Cour de Paris ¹.

*
* *

De même doivent être considérés comme avantages particuliers quand ils sont stipulés dans les statuts par un directeur associé ou par le gérant de la commandite en sus du traitement fixe, des indemnités de logement, de frais de bureau, dépenses de voitures ².

SECTION II. — *Conventions et Marchés*

Il semble que la question de savoir si des avantages particuliers peuvent être octroyés à l'occasion de contrats ou marchés passés entre la société et l'un de ses membres n'ait pas attiré spécialement l'attention des auteurs.

Cela provient en partie de ce que la jurisprudence et la doctrine, sans chercher à approfondir la question, ont toujours considéré comme situés en dehors de la sphère d'application de l'article 4 de tels avantages, tout au moins lorsqu'ils sont inclus dans des contrats commerciaux.

¹ Paris, 18 avril 1912, S., 1914, II, 189.

² PONT, n° 976 ; FLOUCAUD-PÉNARDILLE, n° 399 ; HÉMARJ, p. 292 ; THALLER et PIC, *loc. cit.*

Et cependant cette question est importante puisque si l'on admet que ces contrats peuvent faire l'objet d'un avantage particulier, ce ne sera pas seulement le contrat qui sera frappé de nullité, au cas où les formalités de l'article 4 n'auraient pas été remplies, mais la société elle-même.

Le législateur de 1867 avait envisagé le cas de l'administrateur qui passerait avec la société un contrat d'entreprise ou marché (art. 40) et craignant que cet administrateur n'abuse de l'autorité que lui confèrent ses fonctions en passant avec la société des contrats qui seraient avantageux pour lui et qui pourraient être nuisibles à la société, il avait exigé que ces contrats soient approuvés par l'assemblée générale.

Mais ce cas ne nous paraît pas devoir faire double emploi avec les formalités de vérification.

Outre qu'il est restreint aux seules « conventions d'entreprise ou marchés » qui ne sont pas adjugés avec publicité et concurrence ¹, il s'adresse uniquement aux administrateurs. Ainsi devrait être considéré comme valable le contrat qui est passé avec un futur administrateur alors même que ce dernier deviendrait administrateur avant que le marché fût complètement exécuté ².

D'autre part, l'article 40 concerne les contrats insérés dans les statuts comme ceux qui sont conclus au cours de la société.

*
* *

¹ LYON-CAEN et RENAULT, *op. cit.*, n° 296 bis.

² Aix, 13 mai 1929, S., II, p. 147.

Relativement aux formalités de vérification, nous devons nous placer à l'époque de la formation de la société. La société ne peut être débitrice avant que d'être née. Or l'existence légale d'une société commence au moment où les administrateurs et les commissaires nommés par l'assemblée constitutive ont accepté leurs fonctions. Les contrats et conventions ne sont donc valables qu'après leur approbation par l'assemblée constitutive.

Il en est différemment en droit allemand où les fondateurs ont plénitude de pouvoirs (*Machtvollkommenheit*) pour constituer par avance pour la future société des droits et obligations sans qu'il soit nécessaire d'obtenir, ne fût-ce qu'après coup l'assentiment de la société. Au moment même où la société est créée comme telle, c'est-à-dire inscrite, ces droits et obligations reçoivent une efficacité directe pour ou contre elle. Les fondateurs peuvent même imposer à la société des obligations en leur propre faveur, par exemple faire apport à la société de choses leur appartenant contre une bonification élevée. Les actionnaires sont garantis, il est vrai, par la responsabilité solidaire des fondateurs¹.

Mais si, dans notre droit, il est établi que les contrats et conventions antérieurs à la société doivent être approuvés par l'assemblée constitutive, s'ensuit-il nécessairement qu'ils doivent être vérifiés dans les formes de l'article 4, toutes les fois qu'ils contiennent des avantages particuliers?

La jurisprudence ne l'a pas admis. Elle a toujours con-

¹ COSACK, *Traité de droit com.*, t. III, p. 148.

sidéré, au contraire, que de tels avantages ne tombent pas sous le coup de l'article 4 parce que les associés à qui ils sont reconnus dans les statuts les tiennent non pas de leur qualité d'associés mais, prétend-elle, d'un contrat juridiquement distinct, lequel comme tous les contrats commerciaux présente des chances de gains et de pertes. Ainsi en a-t-elle décidé pour les marchés passés avec certains actionnaires pour des fournitures ou des travaux¹ ou pour la constitution d'agences².

Il en serait différemment en matière d'apport en nature. Ainsi il a été jugé que, lorsque le fondateur d'une société lui a vendu après sa constitution la mine qui devait faire l'objet de son exploitation, s'il est évident que cette vente n'était de fait qu'un apport dissimulé, la nullité de la société doit être prononcée pour défaut d'approbation par l'assemblée constitutive dans les termes de l'article 4 et l'approbation tardive donnée par l'assemblée même extraordinaire ne saurait suppléer à l'accomplissement des formalités régulières³.

La doctrine n'a fait que reproduire sans la discuter l'opinion de la jurisprudence⁴. Certains auteurs ont cependant admis que l'apport pur et simple d'un marché ou d'une concession sans stipulation d'un profit en faveur de l'apporteur ou d'une charge particulière imposée à la société échappait à la vérification⁵. *A contrario*, il faudrait donc admettre que si le marché s'accompagnait de la sti-

¹ Trib. Seine, 29 novembre 1886, *J. Soc.*, 1890, p. 61.

² Paris, 27 juin 1888, *J. Soc.*, 1890, p. 443.

³ Paris, 2 janv. 1906, *J. Soc.*, 1906, p. 211. V. aussi Cass., 13 mars 1876, *D.*, 77, 1, 49.

⁴ WAHL, *Précis*, n° 690 ; HÉMAR, p. 291 ; ARTHUYS, n° 346.

⁵ PONT, n° 977 ; GOIRAND, n° 160 ; THALLER et PÉC, n° 935.

pulation en faveur de l'apporteur d'un profit ou d'un avantage, il devrait être soumis à vérification. Mais il s'agit là, plutôt d'un avantage s'analysant comme un accessoire de l'apport, vérifiable par conséquent dans les mêmes conditions, que l'apport lui-même.

La solution de la doctrine et de la jurisprudence nous paraît critiquable. On fait valoir qu'il s'agit ici non plus d'avantages consentis à des associés en tant que tels mais de contrats commerciaux présentant des chances de gains comme des chances de pertes, que ces contrats sont d'ordinaire de la compétence du conseil d'administration et que la seule formalité à laquelle ils sont assujettis, lorsqu'ils sont inclus dans les statuts, consiste dans leur approbation par l'Assemblée constitutive¹.

Nous prétendons, au contraire, que de tels contrats peuvent, dans certains cas, s'analyser comme de véritables avantages particuliers.

En dehors même de l'octroi de tout autre avantage, le fait pour la société de traiter avec M. X... associé, de préférence à M. Y... parce que M. X... a concouru à la formation de la société, constitue une rupture d'égalité. La responsabilité de l'associé en matière de contrat suffit-elle à garantir les actionnaires contre des abus possibles ?

A notre sens, la question ne fait aucun doute : si le contrat inclus dans les statuts, même purement commercial, renferme un avantage quelconque au profit d'un associé, cet avantage, mais non le contrat lui-même, doit être vérifié suivant la procédure de l'article 4, à peine de nullité de la société elle-même.

¹ HOUPIN et BOSVIEUX, n° 713.

CHAPITRE III

Avantages-Actions

SECTION I. — *Ce qu'il faut entendre par avantages-actions*

Nous savons que les actions confèrent à leurs titulaires certains droits. Ces droits sont notamment le droit au partage des bénéfices, au remboursement du montant libéré de l'action, celui de prendre part à l'administration de la société, enfin le droit de libre transmission par les voies commerciales ¹. On a coutume de les appeler droits attachés aux actions.

En principe toutes les actions doivent jouir de droits égaux. Cependant, dans certains cas prévus par la loi, des inégalités peuvent exister entre elles : inégalités soit initiales si les statuts primitifs de la société prévoient la création d'actions jouissant de droits différents, soit postérieurs à la formation de la société, par la création d'actions nouvelles de cette nature, ou par l'attribution de nouveaux droits aux actions anciennes.

Un des problèmes que fait naître l'institution d'un régime différentiel entre les actions est celui de savoir si la rupture d'égalité qui en est la conséquence doit donner lieu à l'application des formalités de l'article 4 de la

¹ CORDONNIER, *op. cit.*, n° 11.

loi de 1867. Y a-t-il lieu de considérer ces ruptures d'égalité comme de véritables avantages particuliers.

*
* *

Constatons tout d'abord que rien ne s'oppose à ce que ces droits puissent constituer un « avantage ». L'étude des travaux préparatoires des lois sur les sociétés nous a suffisamment prouvé qu'une telle opinion était conforme à l'esprit qui a présidé à leur conception. D'autre part nous avons vu que la théorie extensive de la notion d'avantage avait fini par prévaloir, tout au moins en doctrine.

Mais cela ne signifie pas pour autant qu'un tel avantage puisse être considéré comme un avantage dans le sens de l'article 4.

L'avantage pour être soumis à vérification doit être « particulier » c'est-à-dire « personnel » conféré à un associé ou un groupe d'associés ¹. Comment « l'avantage-action » peut-il se concilier avec cette notion ?

C'est là en réalité jouer sur les mots. Il faut distinguer l'objet du droit, en l'espèce, l'avantage attaché à l'action et le sujet du droit : le propriétaire de l'action. Si donc, dans le pacte social, ou lors d'une augmentation de capital l'individualité même de l'actionnaire a été prise en considération pour l'octroi d'un avantage de cette nature, ou si cet avantage s'analyse comme « un traitement de faveur » fait à une catégorie d'actionnaires, nous dirons que cet avantage est sans nul doute « particulier » et comme tel doit être soumis aux formalités de l'article 4.

¹ Cf. *infra*, p. 102.

C'est en ce sens que nous entendons les termes avantages actions. Il s'agit d'avantages « concernant » des actions et non « faits » à des actions, locution qui pourrait prêter à confusion.

Mais, d'autre part, ces avantages ne sont pas moins dangereux pour les actionnaires que les autres. Relativement à l'un d'eux, le droit de vote inégal, M. Amiaud écrivait : « La gravité même du droit de vote privilégié et la rupture qu'il entraîne dans l'égalité entre les actionnaires peuvent constituer pour les actionnaires de la catégorie B un véritable danger. Elles peuvent être et elles ont été une source d'abus. » Et il ajoutait : « Quoi de plus naturel et de plus raisonnable que de considérer le privilège de votation comme un avantage particulier et de soumettre l'émission des actions qui en bénéficient à la procédure protectrice sinon toujours efficace de l'article 4 ¹. »

Il a été jugé qu'il n'y avait pas avantage particulier sujet à vérification et à l'approbation d'une deuxième assemblée constitutive dans les stipulations qui bien que contemporaines de la constitution, ne sont pas destructives de l'égalité qui doit exister entre les actionnaires, par exemple dans la stipulation qui réserve aux fondateurs et aux actionnaires d'origine la faculté de souscrire au pair un certain nombre d'actions lors d'une augmentation de capital (Trib. Com. de la Seine, 25 juin 1888, *Rev. Soc.*, 1889, p. 25).

A contrario il faut conclure qu'il y aurait avantage particulier si l'avantage consenti à tous les actionnaires

¹ AMIAUD, *Les actions à droit de vote inégal*, *Rev. des Soc.*, 1923, p. 368.

l'était par parts inégales ou encore si l'avantage était consenti à certains actionnaires seulement, aux souscripteurs d'actions de numéraire par exemple à l'exclusion des actionnaires titulaires d'actions ¹.

Essayons donc de déterminer quels droits relatifs à des actions peuvent constituer des avantages particuliers.

*
* *

Peuvent constituer, d'après nous, des avantages particuliers :

L'attribution du droit de souscrire par préférence aux nouvelles actions à émettre et le droit de souscrire au pair à ces actions nouvelles.

Le droit de céder librement ses actions aux tiers non associés, tandis que les autres actionnaires doivent en pareil cas obtenir l'autorisation du conseil d'administration ou de l'assemblée générale.

L'attribution d'un droit de vote inégal aux actions nouvelles ².

L'attribution de parts de fondateur ou bénéficiaires.

L'attribution d'actions nouvelles à titre de rémunération complémentaire des apports faits lors de la constitution

¹ En ce sens HOUPIN, n° 486, LYON-CAEN et RENAULT, n° 560 bis.

² La loi du 26 avril 1930 portant dégrèvement d'impôts stipule dans son article 6 que « toute émission d'actions spéciales à droit de vote privilégié, c'est-à-dire d'actions ayant dans les assemblées des actionnaires un droit de vote supérieur à celui des autres actions, eu égard à la quotité du capital social qu'elles représentent respectivement, est interdite à compter de la promulgation de la loi ». (*Journ. Off.*, 27 avril 1930).

de la société lorsque celle-ci n'a pas été prévue dans les statuts et approuvée par les assemblées constitutives ¹.

Enfin, les multiples combinaisons permettant la répartition inégale des bénéfices et de l'actif social ; telle la clause des statuts qui attribuerait à un associé ou à une catégorie d'associés un dividende limité auquel ils auraient droit par préférence ou une part de bénéfices plus élevée que celle des autres associés². Nous savons qu'il n'existe d'autre restriction à ces inégalités que celle de l'article 1855 du Code civil ainsi conçu : « La convention qui donnerait à l'un des associés la totalité des bénéfices est nulle. Il en est de même de la stipulation qui affranchirait de toute contribution aux pertes les sommes ou effets mis dans le fonds de la société par un ou plusieurs associés. »

SECTION II. — *Cas où la souscription des actions nouvelles est réservée à des personnes déterminées*

Nous venons de voir qu'au cas où tous les associés sont à même de profiter de l'avantage, celui-ci ne peut être considéré comme « particulier ». Ainsi en est-il quand la souscription des actions nouvelles est ouverte à tous, car alors la rupture d'égalité n'existe pas.

Mais il arrive très fréquemment qu'une clause des statuts réserve à certains actionnaires déterminés, généralement aux fondateurs, la souscription des actions nouvelles. Souvent même, les fondateurs ne souscrivent pas pour

¹ V. à ce sujet HOUPIŒ et BOSVIÉUX, n° 916, § 5.

² Les actions ainsi avantagées sont appelées actions de priorité ou privilégiées ou actions A par rapport aux autres qui sont des actions ordinaires ou actions B.

eux-mêmes. Ils se réservent seulement le droit de souscrire aux actions nouvelles, quitte ensuite à répartir celles-ci entre les actionnaires de leur choix ; ou encore lorsque la création d'actions nouvelles est votée au cours de la société par une assemblée générale, une pratique devenue courante, surtout depuis la prohibition par la loi du 26 avril 1930 de toute nouvelle émission d'actions à vote plural, consiste à réserver au gérant, au fondateur ou au conseil d'administration le droit de souscrire. Et les représentants de la société sont alors libres soit de souscrire eux-mêmes et de répartir ensuite les actions nouvelles, soit de réserver la souscription des actions à des actionnaires choisis par eux ou même à des tiers.

Les actionnaires, pour la plupart inexpérimentés donnent leur adhésion à une opération qui peut se traduire par une véritable spoliation de leurs droits. Examinons de quelle façon.

Le fait même de créer des actions nouvelles réduit le droit des actionnaires aux dividendes, puisque ceux-ci seront répartis sur un plus grand nombre d'actions. Il réduit aussi leur droit aux réserves surtout si la souscription s'accompagne d'une prime dite « d'émission ». L'action nouvelle est alors émise avec une prime inférieure à celle que le cours de l'action ancienne permettrait d'établir. Le souscripteur réalise un bénéfice par prime sur le prix d'émission.

Si le souscripteur est un actionnaire ancien, la prime est justifiée; mais si c'est un tiers, on peut se demander de quel droit il bénéficie de cette prime d'émission.

Grâce à cette pratique il arrive même que les adminis-

trateurs de deux sociétés, l'une bonne et l'autre mauvaise, peuvent avec les réserves de la première renflouer la seconde.

M. Bosvieux prétend que des « considérations particulières tirées de l'intérêt de la société elle-même conduiront parfois le gérant ou le conseil d'administration à fixer leur choix sur quelques-uns des anciens actionnaires seulement ou sur un groupe d'actionnaires ou même sur des tiers ».

Cette explication nous paraît pour le moins arbitraire. Comme l'a signalé un auteur, il faudrait en définitive voir là un moyen d'introduire dans l'anonymat un certain *intuitus personæ* ¹.

Quoi qu'il en soit, en permettant une pareille rupture d'égalité, on risque de créer au sein de la société une véritable féodalité. Sera-ce toujours pour le plus grand bien de celle-ci ? C'est ce dont il nous est permis de douter.

Une proposition de loi récente a envisagé un remède à cet état de choses.

Pour arriver à prohiber ces évictions d'anciens actionnaires des augmentations de capital en numéraire, elle préconise la création en faveur de ces actionnaires d'un droit de préférence obligatoire ².

L'article 3 de la loi du 24 juillet 1867 serait complété par la disposition suivante :

¹ Cons. à ce sujet CAMERLYNCK, *De l'intuitus personæ dans la Société anonyme*, thèse, Paris, 1929.

² On sait que le droit de préférence appelé aussi « droit de souscription » est celui accordé par les statuts de souscrire tout ou partie des actions que la société émettra en espèces par la suite à titre d'augmentation de capital.

« En cas d'augmentation de capital, les actionnaires d'une société ont proportionnellement au nombre de leurs actions, un droit de préférence à la souscription des actions de numéraire émises pour réaliser cette augmentation de capital ¹. »

Cette solution ne nous paraît pas suffisante.

Analysons le mécanisme de la souscription :

Deux hypothèses peuvent se présenter : Le droit de souscription est soit irréductible, — quand il ne peut être exercé qu'une seule fois et en proportion des titres anciens possédés ; les actions restantes étant alors à la disposition du Conseil qui peut les faire souscrire par telles personnes de son choix ² ; — soit réductible, lorsque les statuts prévoient que les actionnaires auront un droit de préférence portant sur les actions qui n'auront pas été souscrites à titre irréductible. La répartition dans ce cas se fera également en proportion des titres anciens possédés par les souscripteurs.

Ajoutons que ce droit de préférence réductible peut être retiré aux actionnaires par une décision de l'assemblée pour être conféré à l'un ou plusieurs d'entre eux ou à des tiers (personnes ou sociétés).

¹ Proposition de loi de M. Guérin, député. V. *Rec. jur. Soc.*, déc. 1930, p. 274. L'ordre du jour de convocation devrait, d'après M. Guérin, contenir les indications suivantes : « Augmentation de capital en numéraire ; autorisation à donner au Conseil pour fixer les modalités de cette augmentation de capital et en assurer la souscription par les personnes ou les sociétés qu'il désignera. »

² Nous estimons absolument contraire aux droits des actionnaires la thèse qui admet qu'en l'absence de toute stipulation spéciale dans les statuts, le droit de préférence de l'actionnaire ne peut être exercé qu'une fois.

Pour arriver au vote favorable de l'assemblée, le Conseil fera valoir aux actionnaires que cette renonciation est nécessaire à l'intérêt social bien compris.

Evidemment dans certains cas, il peut y avoir intérêt à favoriser certains actionnaires ou à faire entrer tel ou tel groupe nouveau dans la société. Mais cette renonciation des actionnaires à une partie de leurs droits doit, en toute équité, se compenser par un bénéfice équivalent, sinon on aboutirait à une véritable spoliation des actionnaires.

La solution proposée par M. Guérin nous paraît à cet égard insuffisante pour garantir efficacement les actionnaires contre les abus qui peuvent se produire à l'occasion d'émission d'actions nouvelles.

En réalité, réserver dans les statuts au gérant ou au conseil le droit de souscrire pour eux-mêmes ou pour d'autres, ou faire bénéficier directement des tiers ou même certains actionnaires anciens à l'exclusion des autres de la souscription aux actions nouvelles lors d'une augmentation de capital en les faisant participer aux réserves par le moyen de la prime dite d'émission, — ou bien encore, faire renoncer les actionnaires à leur droit de préférence au profit de tiers ou d'associés nommément désignés — constitue en faveur de leurs bénéficiaires de véritables avantages particuliers. Il est juste que de tels avantages soient vérifiés dans les formes de l'article 4.

L'accomplissement de ces formalités permettra aux actionnaires à la fois d'être mieux éclairés sur la valeur du droit de préférence qu'on leur demande ainsi d'abandonner et d'apprécier d'une façon plus rationnelle si le

sacrifice qu'ils consentent doit être véritablement profitable à la société.

SECTION III. — *Pouvoirs des assemblées générales et spéciales d'actionnaires. — Avantages particuliers et avantages de « catégorie ».*

La création et ensuite la coexistence dans les sociétés d'actions jouissant de droits différents, telles les actions de priorité et les actions ordinaires, les actions de capital et les actions de jouissance, ne sont pas sans soulever dans la pratique de nombreux problèmes juridiques dont deux intéressent plus particulièrement notre sujet.

Le premier est celui de savoir si dans tous les cas il suffit pour créer des actions de ce genre, d'une décision de l'assemblée générale extraordinaire des actionnaires.

Le second suppose qu'une décision de cette même assemblée générale a eu pour but de modifier les droits d'une catégorie d'actions lorsqu'il en existe déjà plusieurs, entraînant entre elles une nouvelle rupture d'équilibre.

La difficulté vient de ce que des lois nouvelles sont venues régler ces hypothèses que n'avait pu prévoir notre vieille loi des sociétés. Celle-ci a-t-elle donc été supprimée par celles-là ou bien leurs prescriptions sont-elles conciliables ?

L'une de ces lois est celle du 16 novembre 1903 (modifiée dans la suite par celles du 22 novembre 1913 et du 1^{er} mai 1930) qui a complété ainsi qu'il suit l'article 34 du Code de commerce :

« Toute société par action peut par délibération de l'as-

assemblée générale; constituée dans les conditions prévues par l'article 31 de la loi du 24 juillet 1867 (modifié par la loi du 1^{er} mai 1930) créer des actions de priorité, jouissant de certains avantages sur les autres actions ou conférant des droits d'antériorité soit sur les bénéfices, soit sur l'actif social, soit sur les deux, si les statuts n'interdisent point, par une prohibition directe et expresse la création d'actions de cette nature.

» Dans le cas où une décision de l'assemblée générale comporterait une modification dans les droits attachés à une catégorie d'actions, cette décision ne sera définitive qu'après avoir été ratifiée par une assemblée spéciale de la catégorie visée. »

Etudions chacune de ces deux hypothèses.

Premier cas. — Création d'actions de priorité par décision de l'assemblée générale des actionnaires quand il n'existe qu'une catégorie d'actions.

L'assemblée générale extraordinaire des actionnaires peut-elle dans tous les cas créer au profit d'un associé ou d'un groupe d'associés, des actions de priorité sans qu'il y ait lieu d'observer les formalités de l'article 4 de la loi de 1867 ?

Ecartons dès à présent le cas où le caractère d'actions de priorité a été attribué à des titres après leur création ; quand par exemple il a été stipulé dans les statuts que les actions primitives deviendraient privilégiées lors d'une augmentation de capital, les actions nouvelles devenant des actions ordinaires ; car, alors tous les actionnaires anciens sont appelés à en profiter. Quant aux actionnaires

nouveaux, ils ne sauraient se plaindre d'une clause qu'ils connaissent bien, puisque le caractère de priorité était déjà attaché aux actions anciennes. La protection des unes et des autres actions n'aurait ici aucune raison d'être. Mais nous avons établi que dans certains cas la création de telles actions s'analysait comme un véritable avantage particulier et alors que décider ?

Etudiant la question du point de vue de la création d'actions d'apport, M. Houpin n'hésite pas à conclure qu'il sera nécessaire pour décider une augmentation de capital s'opérant par la création d'actions représentatives d'un apport en nature, « de faire voter spécialement l'augmentation de capital et les modifications statutaires en découlant par une assemblée générale extraordinaire réunie et délibérant conformément à l'article 31 de la loi de 1867 puis de révoquer et réunir deux assemblées (à forme constitutive) pour vérifier et approuver l'apport et les avantages stipulés » ¹.

Evidemment, au cas où des actions de cette nature seraient attribuées en représentation d'un apport en nature, il faudrait vérifier non seulement l'apport en nature mais encore la cause du privilège accordé.

Mais la solution nous paraît la même lorsque la création d'actions de priorité par l'assemblée générale en dehors de tout apport en nature, s'analyse comme un avantage particulier.

L'assemblée générale et les assemblées constitutives ne

¹ HOUPIN, *De l'autorisation générale donnée au Conseil d'augmenter le capital social par la création d'actions d'apport*, J. Soc., 1930, p. 69.

répondent pas au même but. La première décide l'augmentation de capital, les secondes vérifient les avantages stipulés et les approuvent. En outre, elles fonctionnent différemment : leurs règles de composition et de quorum ne sont pas les mêmes ; loin de se contrarier, l'une et l'autre sont également nécessaires. Rien n'empêche, du reste, de convoquer et réunir en observant, bien entendu, des règles différentes, l'assemblée générale pour décider l'augmentation de capital et aussitôt après, la première assemblée constitutive pour nommer la commission chargée de faire le rapport sur les avantages stipulés, et de convoquer et réunir ensuite dans le délai voulu la deuxième assemblée qui approuverait les avantages et rendrait définitive l'augmentation de capital.

*
* *

Mais à notre sens la question doit se poser plus largement encore. La loi du 22 novembre 1913 modifiant celle du 16 novembre 1903 pose en effet le principe que « sauf dispositions contraires des statuts, l'assemblée générale peut modifier les statuts dans toutes leurs dispositions ¹ ». Elle n'admet d'exception à l'étendue de ces pouvoirs qu'en ce qui concerne le changement de nationalité de la société et l'augmentation des engagements des actionnaires.

Ces modifications des statuts ainsi votées par l'assemblée générale, en dehors même d'une augmentation de capital

¹ La loi du 1^{er} mai 1930 modifiant celle du 22 novembre 1913, a supprimé la restriction : « sauf dispositions contraires des statuts », insérée dans la loi de 1913.

peuvent très bien entraîner une rupture d'équilibre entre les associés et constituer au profit de certains un véritable avantage particulier. Allons-nous décider qu'il faudra dans ce cas encore, remplir les formalités de vérification ?

Certes, la protection des actionnaires mérite d'être assurée aussi bien au cours de la vie sociale qu'au moment de la formation de la société, mais constatons-le, la procédure de l'article 4 est exceptionnelle, il est impossible d'en étendre arbitrairement l'application à des cas qui ne rentrent pas dans le cadre de la loi de 1867. C'est ce que M. Bosvieux faisait remarquer quand il écrivait très justement : « Les divers avantages dont un ou plusieurs associés sont investis au cours de la durée de la société quelles qu'en soient la nature ou l'étendue échappent aux règles protectrices de l'article 4 qu'il n'est pas permis d'étendre arbitrairement aux avantages que l'assemblée générale délibérant dans la plénitude de ses droits juge bon d'accorder librement à des associés comme elle pourrait le faire à des tiers. »

*
* *

Deuxième cas. — Décision de l'assemblée générale entraînant une modification dans les droits d'une catégorie d'actions déjà existante.

Cette décision consiste dans une modification des droits afférents aux actions d'une certaine catégorie alors qu'il existe déjà plusieurs catégories d'actions dissemblables ¹.

¹ Nous sommes en effet partisans de la théorie restrictive qui considère que la loi de 1903 s'applique seulement dans l'hypothèse

Telles par exemple une modification dans la répartition des bénéfices ou la suppression d'un droit de préférence. Pour être définitive, « cette décision, stipule la loi du 16 novembre 1903, doit être ratifiée par une assemblée spéciale des actionnaires de la catégorie visée ».

Evidemment, si la modification aux statuts entraînait une modification égale dans les droits de chaque catégorie d'actions, il n'y aurait pas lieu de réunir l'assemblée spéciale prévue par la loi de 1903 ; mais, du moment qu'il se produit une rupture d'équilibre entre les catégories, la ratification par l'assemblée spéciale de la catégorie visée ou par les assemblées spéciales des catégories visées, s'il en existe plusieurs, deviendrait nécessaire.

Il est facile d'apercevoir la différence qui existe entre l'avantage dit « de catégorie » et l'avantage « particulier ».

Tandis que l'avantage particulier est consenti à un associé ou à un groupe d'associés pris en tant que tels et s'analyse en une rupture d'égalité entre associés, l'avantage de catégorie est accordé à certaines actions sans tenir compte de la personnalité de leurs titulaires et correspond à une rupture d'équilibre entre catégories d'actions. Le but de la loi est bien toujours un but de protection. Mais

où il existe déjà plusieurs catégories d'actions jouissant de droits différents lorsqu'est votée la modification statutaire portant atteinte aux droits d'une catégorie. V. à ce sujet : HOUPIŒ, *op. cit.*, t. II, n° 1349 ; Lyon, 20 mai 1911, J. S., 1912, p. 262, note BOURCART et p. 406, note THALLER. Forment des catégories différentes : les actions ordinaires et les actions de priorité, les actions simples et les actions à vote plural. M. CORDONNIER (*op. cit.*, p. 51) ajoute : les actions nominatives et les actions au porteur, les actions de numéraire et les actions d'apport tant que celles-ci ne sont pas négociables, enfin les actions inégalement libérées.

il s'agit de protéger non plus les intérêts des actionnaires contre quelques associés trop exigeants mais les droits de catégories d'actions entre elles.

Ces deux sortes d'avantages sont tellement voisins l'un de l'autre, qu'il y lieu de se demander si un avantage de catégorie peut devenir « particulier », car alors il nécessiterait l'accomplissement des formalités de l'article 4 de la loi de 1867, comme celles de la loi de 1903.

A vrai dire au premier abord, la question peut paraître anormale. Il semble, en effet, que les assemblées spéciales prévues par la loi de 1903, suffisent dans tous les cas.

A notre sens, il n'en est rien. Il peut très bien se faire qu'un avantage quelconque, droit de préférence, ou modification dans la répartition soit des bénéfices, soit de l'actif social, au lieu d'être une faveur impersonnelle octroyée à toute une catégorie d'actions, soit réservée ainsi que nous l'avons vu, à certains actionnaires d'une catégorie déterminée : aux fondateurs ou administrateurs par exemple. Nous nous trouvons alors en présence d'une double rupture d'égalité : entre associés d'une même catégorie d'abord et entre catégories ensuite. Il y a donc création d'un avantage particulier puisque celui-ci n'est pas accordé à tous les actionnaires d'une même catégorie mais à certains pris dans leur individualité et création d'un avantage de catégorie, car il porte atteinte aux autres catégories d'actions.

Certes la discrimination entre les deux sortes de rupture sera difficile à faire dans bien des cas. M. Bosvieux en donne plusieurs exemples; entre autres celui d'un avantage conféré à toutes les actions d'une catégorie possédée soit

par une même personne en considération de son individualité, soit par un groupe d'actionnaires qu'on entend faire bénéficier d'un tel avantage ¹.

Quoi qu'il en soit, il nous paraît logique en pareil cas, à la fois de remplir les formalités de vérification prescrites par l'article 4 de la loi de 1867, quand de pareils avantages sont octroyés lors de la formation de la société ou à l'occasion d'une augmentation de capital, et de réunir l'assemblée ou les assemblées spéciales de la catégorie ou des catégories visées aux fins d'approbation. Rien ne s'oppose au cumul des deux procédures qui concernent en réalité des notions distinctes et répondent à des buts différents. Différentes sont également les règles auxquelles elles sont subordonnées quant à la composition des assemblées et aux conditions de quorum.

Par conséquent, et ce sera notre conclusion, jamais la loi de 1903 n'a entendu supprimer celle de 1867 et l'assemblée générale sera impuissante, seule, à créer des avantages, si ceux-ci sont « particuliers ».

¹ *J. Soc.*, 1930, p. 7.

CHAPITRE IV

Parts de fondateur

Les services rendus à la société sont souvent difficilement appréciables en argent. Il existe un moyen de les reconnaître sans donner à ceux qui les ont rendus des droits sur une partie du capital. Il consiste à attribuer à leurs auteurs une participation aux bénéfices sous la forme de titres qui ont pris le nom de parts de fondateur.

Dans la pratique on désigne sous le même nom deux sortes de titres conférant d'ailleurs exactement les mêmes droits ; d'abord ceux alloués aux véritables fondateurs de la société pour rémunérer le concours apporté par eux à sa fondation, puis les parts bénéficiaires accordées soit aux souscripteurs d'un grand nombre d'actions, soit à l'occasion d'émission d'actions nouvelles.

SECTION I. — *Caractère juridique des parts de fondateurs.*

Intérêt de la question

La question de la détermination de la nature juridique des parts de fondateur est une des plus controversées de la matière des sociétés. Cela tient à sa complexité et aussi à ce que, pendant très longtemps notre droit commercial n'a contenu aucune disposition à leur sujet.

D'après certains auteurs cette controverse serait dénuée

de tout intérêt pratique ¹. Cet intérêt est cependant facile à déterminer.

Deux systèmes sont en présence : le premier tend à assimiler la part à une véritable action, le second la considère comme un simple droit de créance. Si la part est une action, son bénéficiaire est un associé ; si au contraire, c'est un droit de créance, son titulaire n'est qu'un créancier, donc un tiers au regard de l'article 4 de la loi de 1867. Nous verrons en effet par la suite que cet article n'est applicable qu'au cas d'avantages attribués aux seuls associés ².

Notre intention n'est pas de discuter les arguments qui ont été proposés à l'appui de l'une et l'autre thèse. Qu'il nous suffise de dire que les auteurs sont finalement amenés à conclure que la part constitue une catégorie juridique particulière, un droit *sui generis* tenant à la fois de l'action et de l'obligation. En effet, comme l'action, elle participe au partage des bénéfices sociaux, mais elle en diffère en ce qu'elle ne confère aucun droit sur le capital social dont elle ne fait pas partie et ne permet pas à son titulaire d'assister tout au moins avec voix délibérative, aux assemblées générales d'actionnaires.

M. Houpin voit dans la part de fondateur un droit d'associé *sui generis* ³. Evidemment il est difficile de considérer celui qui a concouru par ses démarches, par ses avances à la fondation de la société, et auquel en rémunération de ses services on a attribué des parts de fondateur, comme

¹ GENEVOIS, p. 164 ; FLOUCAUD-PÉNARDILLE, n° 23.

² Conf. *infra*, p. 112.

³ HOUPIN, *op. cit.*, n° 524.

un étranger à la société. Mais c'est là, à notre point de vue, considérer le caractère du bénéficiaire de la part, dans un cas donné, plutôt que celui de la part elle-même.

La loi du 23 janvier 1929 qui a fixé le statut légal des parts de fondateur semble avoir donné raison aux partisans de l'opinion d'après laquelle la part serait un droit de créance, car dans son article premier, § 2, elle en donne cette définition : « Ces titres qui sont en dehors du capital social ne confèrent pas à leurs propriétaires la qualité d'associés, mais il peut leur être attribué à titre de créance éventuelle contre la société, un droit fixe ou proportionnel dans les bénéfices sociaux. »

Le porteur de parts est un créancier, nous dit la loi, mais un créancier qui ne ressemble pas aux autres. Sa situation est bien meilleure que celle d'un créancier ordinaire ; il a un droit de communication des documents sociaux, et ses représentants peuvent assister avec voix consultative aux assemblées générales, et cependant sa créance n'est qu'« éventuelle » c'est-à-dire en définitive aléatoire.

Certains auteurs en ont conclu que la loi tranchait plutôt la question dans les mots mais qu'elle était loin d'avoir épuisé l'ancienne controverse ¹.

¹ CORDONNIER, *La loi du 23 janvier 1929 sur les parts bénéficiaires*, *Journ. des Soc.*, 1929, p. 276. Voir toutefois VOIRIN, *Le statut légal des parts de fondateur. Les lois nouvelles*, 1929, p. 116, § 8.

SECTION II. — *Régime des parts de fondateur considérées
comme avantages*

Sous l'empire de la loi du 24 juillet 1867

Si la nature juridique de la part de fondateur était discutée en doctrine, en fait, la jurisprudence avait plutôt tendance à y voir une créance contre la société¹. Son bénéficiaire n'était donc qu'un tiers au regard de l'article 4 de la loi de 1867. Les parts de fondateurs ne constituaient pas des avantages particuliers soumis à vérification quand leur attributaire n'était pas en même temps actionnaire. Conclusion : il suffisait à un fondateur pour éviter l'application de la loi, de ne pas recevoir d'actions, mais de se faire attribuer des parts en rémunération de son concours apporté à la formation de la société par ses démarches ou ses études.

Evidemment, dans ce cas, la théorie de M. Houpin était très justifiée, à savoir qu'il est impossible de considérer celui qui « contribue de la sorte à la création de l'être moral de la société, qui est appelé à en recueillir dans une certaine mesure les bénéfices » comme un étranger. Et pour éviter une fraude devenue courante, la jurisprudence en était arrivée à considérer comme un associé celui qui reçoit une part de bénéfices en rémunération d'un apport en nature, mais elle s'était bornée là.

Loi du 31 mars 1927

Cette loi était destinée à porter remède au moins par-

¹ Lyon, 14 juin 1911, sous cass., 20 juin 1917, S., 1917, 1, 33.

tiellement à la situation que nous venons d'envisager. Elle a interdit dans son article 16 la mise au porteur des parts de fondateurs avant l'expiration du délai de deux ans à compter de la constitution définitive de la société. Ce n'était là qu'une mesure transitoire.

Loi du 23 janvier 1929

Il faut arriver à la loi du 23 janvier 1929 pour trouver une protection plus efficace des actionnaires contre les parts de fondateurs envisagées comme avantages particuliers.

Cette loi stipule dans son article 1^{er}, § 3, que si « la création, l'attribution ou l'émission des parts bénéficiaires a lieu en rémunération d'un apport en nature, cette opération doit être soumise à l'accomplissement des formalités de vérification prescrites par la loi du 24 juillet 1867 ».

Ce qui frappe dans ce texte, c'est tout d'abord la généralité des termes employés, et en second lieu la restriction qui n'est qu'apparente, de son application aux parts servant à rémunérer des apports en nature seulement.

Première remarque. — Généralité des termes employés :

La loi ne s'adresse pas ici aux « associés qui ont stipulé à leur profit des avantages particuliers » en l'occurrence des parts de fondateurs. Elle vise la création, l'attribution et l'émission de parts faites en rémunération d'un apport en nature.

On aperçoit de suite la différence qui existe entre cette

loi et notre vieille loi sur les sociétés. Tandis que celle-ci prenait en considération, pour caractériser la notion d'avantage particulier soumis à vérification la qualité du bénéficiaire, — ce devait être un associé — celle-là s'adresse à tous les attributaires de parts. Les paroles du rapporteur de la loi au Sénat sont à ce sujet très claires;

« Si l'attribution est faite à un tiers non associé, la vérification ne serait plus imposée par la loi de 1867. Il nous a paru qu'il fallait alors l'ordonner par une disposition expresse de la loi. C'est une garantie donnée aux actionnaires d'une société qu'on ne les dépouillera pas d'un partie de leurs bénéfices pour des services illusoires rendus par un tiers¹. »

Le but de la loi est donc le même. Le contrôle des actionnaires est toujours destiné, comme le faisait remarquer le rapporteur de la loi de 1867, dans son langage imagé, à protéger les actionnaires contre ces « entraînements de la première heure, ces ardeurs de la lune de miel » qui se manifestent par l'attribution d'avantages excessifs.

Mais fallait-il en rester là et n'aurait-il pas été utile d'étendre la prescription légale au cas d'attribution de parts à un associé, voire même à un tiers, en dehors de la constitution de la société et de l'augmentation de capital? Il semble en effet, que des abus sont à craindre aussi bien au cours de la vie sociale que lors de la formation de la société.

¹ Rapport suppl. COIGNET, p. 4, *Doc. parl.*, Sénat 1923, annexe n° 35.

Deuxième remarque. — Qu'est-ce que la loi a entendu par « apport en nature » ?

Au premier abord, on pourrait croire, que le législateur de 1929 n'a entendu envisager que la rémunération d'un apport en nature — ces mots étant pris dans le sens restreint de la loi de 1867 — et laisser de côté les avantages particuliers.

En réalité, les mots «apports en nature» ont ici un sens beaucoup plus général. Les paroles de M. Coignet, rapporteur au Sénat, ne laissent aucun doute à cet égard :

« Nous avons stipulé que lors de la création des parts, si elles sont attribuées en rémunération d'un apport en nature, tel qu'un brevet, une étude technique ou un service rendu, cette attribution devait être soumise à la vérification ordonnée par la loi de 1867 pour les apports des associés. »

Au surplus, vouloir écarter de l'application de la loi les avantages particuliers cités par le rapporteur eût été purement incompréhensible. Il aurait mieux valu, pour éviter toute discussion, conserver les anciens termes de la loi de 1867 «apports en nature et avantages particuliers». Mais c'eût été alors étendre beaucoup plus loin l'application de la loi.

SECTION III. — *Champ d'application des lois du 24 juillet 1867 et du 23 janvier 1929*

Commentant la loi du 23 janvier 1929, un auteur a écrit : « Aux yeux du législateur, les formalités de vérification s'imposent toutes les fois que les parts de fondateur

ne font point l'objet d'une remise contre espèces. Seule donc ne donnerait pas lieu aux formalités de vérification, l'émission de parts proprement dites¹. »

Est-ce à dire que ces formalités seront inutiles dans tous les cas ? Certains membres de la société d'études législatives avaient émis cette opinion tout au moins en ce qui concerne l'attribution de parts faite gratuitement à certains actionnaires².

En fait, jamais la loi de 1929 n'a entendu supprimer l'article 4 de la loi de 1867. Elle n'a fait qu'étendre l'application de cette loi dans un cas donné. Les paroles du rapporteur à ce sujet sont formelles : « Si l'attribution de parts bénéficiaires est faite à des actionnaires... elle constitue un avantage déjà soumis à la vérification par la loi de 1867 » et il ajoutait « il n'y a que le cas où cette attribution serait faite à tous les actionnaires d'une société proportionnellement à leur nombre d'actions, où elle échapperait à une vérification qui serait alors sans utilité³. »

SECTION IV. — *Groupe ment des parts de fondateur en « catégories »*

Les parts de fondateur comme les actions de priorité peuvent constituer des catégories différentes. La loi appelle ces groupement de parts des « masses ». La société peut, en effet, valablement créer des parts investies de droits

¹ RAULT, *op. cit.*, pp. 43 et 44.

² *Bulletin de la Société d'Et. Législ.*, 1926, pp. 148 et 150.

³ Rapport Coignet précité.

inégales appelées « parts privilégiées ». (Loi de 1929, art. 1^{er}, al. 4.)

M. Coignet, rapporteur¹ fit à ce sujet cette remarque : « Nous écartons le procédé d'association ou de société civile et nous considérons simplement la « masse » des parts d'une même catégorie, chaque masse ne comprenant que des parts égales entre elles quant à leurs droits. La loi de la majorité s'imposera dans chaque masse. La loi de 1929 a réglementé dans ses détails l'assemblée générale des porteurs de parts².

Il convient de se reporter à ce sujet à nos développements antérieurs sur les actions de priorité.

SECTION V. — *Quelques cas d'attribution de parts de fondateur*

A. *Attribution de parts aux premiers souscripteurs.* — Il peut arriver que l'attribution de parts de fondateur soit considérée comme un avantage accessoire accordé à certaines actions, à celles par exemple qui ont été souscrites les premières. Cet avantage peut-il devenir « particulier » dans le sens de l'article 4 de la loi de 1867 ?

L'avantage fait « à des actions » pris en tant que tel,

¹ V. rapport Coignet précité.

² Signalons à ce sujet une lacune de la loi du 1^{er} mai 1930, qui a modifié l'article 34 du Code de commerce (art. 31 de la loi du 24 juillet 1867 modifié par la loi du 22 novembre 1913) sur lequel avait été calqué le système de la loi de 1929 sur les parts de fondateur. La loi du 1^{er} mai 1930 qui a modifié les conditions de quorum dans les assemblées spéciales d'actionnaires n'a pas été étendue aux assemblées de porteurs de parts, ce qui eût été pourtant logique.

avons-nous établi, n'est pas soumis à vérification ; mais la question est délicate de distinguer si l'avantage est uniquement attaché à l'action ou si au contraire on a pris en considération la personne du bénéficiaire. Il est certain que dans le cas de parts attribuées aux premiers souscripteurs, cet avantage correspond bien à un service rendu lors de la constitution de la société. C'est grâce aux premiers souscripteurs que la société a pu se fonder. Il est juste qu'ils en soient récompensés. Si l'on considère qu'il y a là avantage particulier, la question qui se posera à l'occasion de la vérification est celle de savoir si la récompense stipulée à leur profit par ces premiers actionnaires correspond bien au service rendu, autrement dit au risque couru. Les juges de cette question vont être les « autres » actionnaires derniers venus dans la société. Sont-ils bien qualifiés pour cette tâche ?

Devant de telles difficultés, on se demande si réellement ce cas rentre bien dans le cadre de la loi de 1867.

Certains auteurs ont cependant soutenu l'affirmative¹.

M. Houpin résout la difficulté par un détour. Il recommande de faire attribuer statutairement les parts aux fondateurs sauf à ceux-ci, à les répartir ensuite aux souscripteurs réunissant les conditions déterminées². Nous avons vu à propos des actions de priorité et nous verrons par la suite en étudiant les parts mises en réserve, qu'il faut voir là en définitive l'octroi d'un véritable avantage particulier.

¹ THALLER et PIC, t. II, p. 321, note 3 ; WAHL, *J. Soc.*, 1897, p. 159.

² HOUPIN, *op. cit.*, n° 708.

Deux hypothèses peuvent se présenter :

La première vise le cas où les parts de fondateurs sont attachées aux actions de telle sorte que leur attribution est faite à tous les souscripteurs indistinctement dans une proportion égale pour chaque action souscrite ou une part pour cinq actions¹. Il n'y aurait pas alors de rupture d'égalité puisque tous les souscripteurs seraient à même d'en profiter et qu'il suffirait à cet effet de souscrire le nombre d'actions nécessaire à cet effet².

Au contraire, dans le cas où les parts seraient réservées dans les statuts à certains actionnaires déterminés, il y aurait avantage particulier dans le sens de l'article 4 de la loi de 1867.

La deuxième hypothèse vise le cas de l'augmentation de capital³.

Ici, il faut encore distinguer :

Si l'attribution des parts est faite indistinctement aux anciens actionnaires dans la proportion de leurs actions et que la création de ces parts a été prévue dans les statuts, il ne saurait y avoir avantage particulier, puisque, en donnant leur adhésion à l'augmentation de capital, les nouveaux souscripteurs étaient renseignés à ce sujet.

Si au contraire, dans le silence des statuts, la création ou l'attribution des parts sont concomitantes à l'augmentation de capital, il paraît logique de décider qu'il y a lieu

¹ Seine, 28 juillet 1884 (*J. Soc.*, 1886, 363) ; Bordeaux, 29 janvier 1912 (*J. Soc.*, 1913, p. 306).

² WAHL, *J. Soc.*, 1897, p. 159 ; BOSVIEUX, *J. Soc.*, 1927, p. 85 ; HOUPIN, 916.

³ Cons. à ce sujet CHARRON, *Quorum et majorité dans les assemblées constitutives et assimilées*, *Journ. des Not. et des Avoc.*, n° du 5 janv. 1931.

de procéder à vérification, que les parts soient attribuées aux actionnaires anciens ou aux souscripteurs nouveaux. Encore faut-il admettre que les souscripteurs d'actions nouvelles ne sont pas tous des actionnaires anciens avec attribution de parts faite dans la proportion des titres anciens possédés.

On objecte, il est vrai, que cette mesure est quelque peu exorbitante, surtout au cas où la vérification sera exercée par les nouveaux souscripteurs. Sauront-ils apprécier à leur juste valeur les sacrifices des premiers actionnaires et les risques courus par eux ?

Une réponse bien simple à cette objection consiste à dire que ces nouveaux souscripteurs vont apporter à la société de l'argent frais soit pour continuer ses opérations, soit pour se développer. Il est juste qu'ils aient leur mot à dire.

Nous verrons, du reste, dans le chapitre réservé à la procédure de vérification comment dans la pratique s'effectue cette vérification en réalité très utile, puisqu'elle permet aux actionnaires d'être suffisamment éclairés sur les opérations qu'on leur propose de réaliser et qu'elle évite ainsi de nombreux abus¹.

B. *Cas des parts mises en réserve.* — Les statuts stipulent parfois la création de parts de fondateur pour récompenser des services futurs rendus au cours de la société, pour payer par exemple des créanciers sociaux ou encore pour se procurer des fonds par la mise en vente de ces parts.

¹ Cf. *infra*, p. 126.

Doit-on soumettre la création de ces parts, création en quelque sorte anonyme, à la procédure spéciale de vérification ?

Au premier abord, ce cas ne paraît pas rentrer dans le cadre de la loi de 1867 puisque l'article 4 de cette loi suppose que l'avantage est accordé au moment de la constitution de la société ou à l'occasion d'une augmentation de capital à des associés connus.

Or, dans notre hypothèse, les attributaires des parts ne sont pas connus et la cause même des avantages ainsi concédés n'est souvent pas déterminée au moment de la constitution de la société puisqu'il s'agit de rémunérer des services futurs. En troisième lieu les futurs bénéficiaires de ces avantages seront-ils des associés ? On n'en sait rien.

D'après un premier système, la procédure de vérification ne serait pas nécessaire. En effet, la loi de 1867 n'est pas extensive. Les formalités prévues par elle ne sont obligatoires que pour les parts attribuées lors de la constitution de la société et pour des services déterminés. Les termes mêmes de l'article 4 sont formels à cet égard ¹.

Cette opinion n'a pas prévalu. En réalité, les dangers prévus par la loi sont les mêmes pour les actionnaires, puisque dans les deux cas, ils se traduisent par une diminution de bénéfices pour les actionnaires. Le danger sera même plus grand, disent les adversaires de ce système ; car devant la difficulté, les fondateurs se feront attribuer à eux-mêmes des parts pour des services qu'ils n'ont pas.

¹ LECOUTURIER, nos 35 et 61 ; WAHL, 1906, 1, 129 ; BOSVIEUX, *J. Soc.*, 1927, p. 85. V. aussi Seine, 17 janvier 1911.

rendus, pour les distribuer ensuite contre prestations à venir. La vérification faite dans ce cas, viole nettement le but de la loi qui veut que les associés vérifient la cause des avantages stipulés. On aura tourné la difficulté, mais non résolu le problème.

Un deuxième système voudrait assujettir les parts à une double vérification, lors de leur émission et lors de leur attribution. Une simple remarque condamne ce système: Si la vérification est possible lors de la constitution de la société ou à l'occasion d'une augmentation de capital, elle ne l'est plus en dehors de cette dernière hypothèse au cours de l'existence de la société, puisque les assemblées prévues pour cette vérification sont des assemblées constitutives dont la réunion ne se conçoit qu'au moment de la constitution de la société ou lors d'une augmentation de capital.

Un troisième système consisterait à prévoir dans les statuts, sans procéder à la vérification, l'émission des parts et à soumettre leur attribution à l'approbation d'une assemblée générale.

Ce système se heurte aux mêmes objections que le premier. Il ne fait que tourner la difficulté sans la résoudre.

Un quatrième système, qui nous paraît le seul logique, peut être soutenu: il est impossible d'édicter une règle absolue; mais sans nul doute, les formalités de vérification peuvent trouver leur application dans certains cas déterminés où l'attribution des parts sans être absolument concomitante avec leur création serait néanmoins prévue dans les statuts. Une assemblée générale réunie posté-

rieurement ne ferait que ratifier l'attribution définitive des parts.

Ce système nous paraît le seul logique, disions-nous parce que, seul, il est conforme à l'esprit de la loi de 1867, et qu'il ne heurte en rien les dispositions de la loi de 1929.

1° Il est seul conforme à l'esprit de la loi de 1867. Il a en vue, en effet, la protection des actionnaires contre des estimations trop généreuses.

Dans le chapitre consacré aux conditions de vérifications, nous établirons que les dangers courus par les actionnaires par l'octroi d'avantages particuliers au cours de la vie sociale sont aussi grands que si ces avantages avaient été attribués au moment de la constitution de la société ou lors d'une augmentation de capital. Nous ne prétendons pas imposer les formalités de vérification toutes les fois qu'un avantage sera conféré à un associé au cours de la vie sociale, par une décision de l'assemblée générale. Rien dans la loi ne nous y autorise, et c'est là une lacune sur laquelle nous aurons l'occasion de revenir; mais nous estimons que dans certains cas, il sera nécessaire de recourir à cette procédure et cela, tout en restant dans la légalité.

Les bénéficiaires des avantages, objecte-t-on, ne sont pas connus au moment de la vérification.

Il n'est pas nécessaire, admettrons-nous en dernière analyse, que les associés ainsi avantagés soient nommément désignés dans les statuts, mais il suffit qu'ils puissent être « individualisés » c'est-à-dire reconnus plus tard sans équivoque possible. Ainsi en serait-il d'associés qui

auraient rendu au cours de la société tel service prévu dans les statuts.

Les actionnaires, dit-on encore, doivent pouvoir vérifier la cause des avantages stipulés.

Si la nature des services futurs pouvait être prévue de telle sorte qu'à tel service correspondrait l'attribution d'un nombre déterminé de parts, le but de la loi serait atteint.

A vrai dire, le plus souvent, les parts sont mises en réserve pour rémunérer des services futurs non encore déterminables. Certains auteurs admettent alors, que l'assemblée constitutive serait juge seulement « de l'utilité qu'il y aurait à créer des parts de fondateur »¹. A notre sens, cela ne suffirait pas pour permettre à la procédure de vérification de s'appliquer utilement.

2° Ce système ne heurte en rien les prescriptions de la loi du 23 janvier 1929 sur les parts de fondateur.

Cette loi, avons-nous vu, ne fait que compléter la loi de 1867. Elle prévoit « la création, l'attribution, l'émission de parts à n'importe quel moment de la vie sociale, soit lors de la constitution de la société, soit ultérieurement ». Ces deux opérations : création et attribution peuvent donc être indépendantes l'une de l'autre.

Rappelons, d'autre part, les paroles du rapporteur au Sénat : « Si l'attribution est faite à un tiers non associé, la vérification ne serait plus imposée par la loi de 1867. Il nous a paru qu'il fallait alors l'ordonner par une disposition expresse de la loi. »

¹ Voir à ce sujet PERCEROU, note sous D., 1904, 1, 181.

Conclusion : Même au cas où l'attributaire définitif des parts serait un non-associé, pourvu qu'il soit « individualisé » dans les statuts, la procédure de vérification nous paraît nécessaire.

En résumé, chaque fois que des parts de fondateur seront créées lors de la constitution d'une société (dans les statuts) ou à l'occasion d'une augmentation de capital pour rémunérer des services futurs mais dès à présent déterminables, la procédure de vérification sera nécessaire, dès lors qu'il aura été possible « d'individualiser » dès ce moment leurs attributaires, associés ou non.

Cette solution nous paraît conforme à la fois au but et aux dispositions des lois du 24 juillet 1867 et 13 janvier 1929.

Mais il nous paraît impossible, dans l'état actuel de notre législation, d'aller plus loin et de généraliser la règle, ce qui serait désirable, à tous les cas où l'attribution des parts de fondateur est indépendante de leur création.

TROISIEME PARTIE

Règles générales auxquelles sont assujettis les avantages particuliers

CHAPITRE PREMIER

Des conditions de vérification

Dans notre première partie, nous avons établi ce qu'il convenait d'entendre par le mot « avantage ». L'avantage, en définitive, se caractérise en un droit préférentiel quelconque, faisant naître ainsi au profit de son bénéficiaire une rupture d'équilibre.

Il faudra donc rechercher en premier lieu si l'attribution d'un droit constitue ou non un avantage. Le criterium de la notion d'avantage consiste bien dans la rupture d'égalité entre associés telle que nous l'avons définie.

La question dans de nombreux cas peut présenter certaines difficultés. L'on pourrait même supposer que l'assemblée générale voulant vérifier une stipulation qu'elle considère comme un avantage, l'associé bénéficiaire prétende le contraire. L'assemblée a-t-elle le droit de passer outre et trancher cette question préjudicielle ?

A notre sens, l'assemblée, en ce faisant, outrepasserait

ses pouvoirs. Les tribunaux seuls sont appelés à juger les différents qui naissent entre les parties. Aucun texte dans la loi ne permet à l'assemblée de s'ériger en tribunal arbitral¹.

Certains auteurs ont cependant été d'un avis contraire. M. Rivière explique que s'il fallait en décider autrement, ce serait méconnaître et annuler la compétence exclusive accordée aux assemblées générales en cette matière.

Un arrêt de la Cour de Bordeaux du 20 novembre 1865 avait statué en ce sens, mais il a été cassé par un arrêt de la Cour de cassation du 18 décembre 1867².

*
* *

Pour éviter ces conflits et pour d'autres raisons encore, il nous paraît donc utile de préciser quelles sont les conditions de vérification des avantages particuliers. Si la première condition pour qu'une disposition donne lieu à vérification est bien de constituer un avantage, il s'en faut cependant que la loi ait entendu soumettre tous les avantages quels qu'ils soient à la procédure spéciale dite de « vérification ».

Pour d'autres raisons, disions-nous. Et, en effet, cette procédure de vérification, que nous aurons l'occasion d'étudier dans notre deuxième chapitre, nécessite l'accomplissement de nombreuses formalités, d'où : perte de temps. Or l'existence même de la société est souvent subor-

¹ En ce sens GOIRAND, n° 162 ; PONT, n° 981 ; BESLAY, n° 411 et 412.

² D., 67, II, 7 et 67, I, 474. V. *infra*, p. 115.

donnée à la rapidité de sa formation. Il ne faut pas permettre à la concurrence de s'exercer. Longue cette procédure est par suite coûteuse ; elle est encore compliquée.

Dans ces conditions les fondateurs seraient peut-être tentés de se soustraire à l'application de ces règles, mais la loi a prévu comme sanction la nullité radicale de la société.

La pratique démontre que souvent, devant la difficulté d'opérer cette délimitation et par crainte d'erreurs, les fondateurs de sociétés n'hésitent pas à recourir à la procédure de vérification, alors que celle-ci est parfaitement inutile, et au contraire s'abstiennent de remplir ces formalités dans certains cas où elles seraient nécessaires.

SECTION I. — *L'avantage doit être particulier*

Nous trouvons cette condition expressément formulée dans l'article 4 de la loi du 24 juillet 1867, ainsi conçu :

« Lorsqu'un associé fait un apport qui ne consiste pas en numéraire ou stipule à son profit des avantages particuliers... »

Quelle a été exactement la pensée du législateur ?

Étymologiquement, le qualificatif « particulier » désigne ce qui est spécial à une personne ou à un groupe de personnes.

L'avantage qui est particulier est donc celui qui est accordé à un seul, à l'exclusion des autres.

À l'avantage stipulé par une personne à son profit, il faut évidemment assimiler celui qui est stipulé par une catégorie de personnes. L'avantage est alors « collectif ».

Il s'analyse comme un traitement de faveur octroyé à certaines personnes. Tandis que ne pourrait être considéré comme avantage particulier, celui qui serait accordé indistinctement à tous les actionnaires ou encore proportionnellement aux actions possédées par eux, car alors il n'y aurait pas rupture d'égalité.

C'est ainsi qu'un arrêt de la Cour de Paris a décidé que les avantages attribués aux actions privilégiées n'étant pas le résultat d'un apport en nature ou d'une stipulation faite à leur profit par un ou plusieurs associés, l'article 4 de la loi de 1867 leur était inapplicable¹.

De même, il n'y aurait pas avantage particulier, quand tous les associés auraient pu jouir de l'avantage dont, en fait, un seul a pu profiter².

Mais qu'il soit individuel ou collectif, l'avantage doit toujours être « personnel, c'est-à-dire conféré à une ou plusieurs personnes ».

Certains auteurs prenant les termes de l'article 4 trop à la lettre ou s'en référant au Code allemand de 1897, qui spécifie dans son article 186 que tout avantage particulier stipulé au profit d'actionnaires doit être établi dans les statuts avec énonciation du bénéficiaire, avaient cependant pensé que les avantages collectifs échappaient à la réglementation légale³.

¹ Paris, 4 avril 1884 (*J. Soc.*), 1886, p. 367.

² *V. Juriscl. Soc.*, t. VI, fasc. 119, n° 19.

³ GOIRAND, *op. cit.*, n° 169. V. aussi art. HOUPIN, *J. S.*, 1906, p. 195, d'après lequel la réglementation légale allemande laisse en dehors d'elle les avantages collectifs assurés à une masse de bénéficiaires indéterminés. Nous estimons, ajoutait M. Houpin, que notre droit français doit être interprété dans le même sens.

A notre sens, cette opinion est erronée. Si les bénéficiaires de tels avantages ne sont pas nommément désignés dans les statuts, ils forment une masse qui, elle, est bien déterminée. Un avantage octroyé à une masse est en réalité octroyé à chacun des individus composant cette masse, et il est particulier à cette masse, constituant ainsi une rupture d'égalité à son profit, puisque les autres actionnaires en sont exclus.

L'avantage collectif rentre donc bien dans la sphère d'application de l'article 4.

SECTION II. — *L'avantage particulier doit être stipulé dans les statuts ou concomitant à une augmentation de capital*

Dans quels cas les avantages particuliers doivent-ils être soumis à vérification ?

Il semble au premier abord, que cette question soit facile à résoudre : les prescriptions de l'article 4 concernent uniquement les formalités de constitution de la société ; logiquement, on doit en conclure que seuls seront soumis à la procédure de vérification les avantages stipulés dans les statuts.

A la constitution de la société, il faut assimiler l'augmentation de capital, qui s'analyse, en définitive, au point de vue de la formation du nouveau capital, en une sorte de constitution nouvelle de la société¹.

Si le principe paraît évident, il soulève dans la pratique de nombreuses controverses.

¹ Cf. *supra*, pp. 75 et 93 *in fine* et *infra*, p. 126.

Dans quel sens faut-il entendre que les avantages particuliers doivent être stipulés dans les statuts? Ces avantages doivent-ils être détaillés, ou bien, suffit-il qu'ils soient « prévus » dans les statuts. Et, d'autre part, doivent-ils être certains et définitifs au moment de la constitution de la société ou pourraient-ils être seulement éventuels.

Tous les auteurs sont d'accord sur le principe. M. le professeur Hémard en donne une excellente explication : « La vérification s'impose au cas d'allocations allouées dans les statuts, écrit-il, parce que les associés sont obligés de les accepter sans pouvoir en discuter soit l'attribution, soit la valeur. » Et il ajoute : « S'il s'agissait de bénéfices accordés par une assemblée générale extraordinaire réunie postérieurement à la société, les propositions pourraient être discutées, contestées et les exagérations prouvées¹. »

Mais, à notre connaissance, les questions soulevées plus haut ne paraissent pas avoir attiré spécialement l'attention des auteurs.

La jurisprudence va-t-elle nous éclairer davantage?

Nous trouvons le principe nettement posé dans de nombreux arrêts.

Citons entre autres un arrêt de la Cour de Paris du 3 août 1886 ainsi conçu :

Considérant que les statuts de la société ne stipulent au profit des fondateurs aucun avantage particulier.

Que le grief repose sur ce fait qu'en vertu d'une délibération du conseil postérieure à la constitution, il a été attribué aux membres du Comité de fondation des jetons de présence pour une somme

¹ HÉMARD, *op. cit.*, n° 256.

de en rémunération de soins donnés à la constitution et représentation des intérêts des sommes avancées pendant la période de constitution.

Mais considérant qu'il est de doctrine et de jurisprudence que la vérification prescrite par l'article 4 de la loi de 1867 ne concerne pas les arrangements intervenus postérieurement aux statuts et à la souscription des actions...

Un arrêt de la Cour de Bordeaux (25 janvier 1888, *Rev. Soc.*, 1888, p. 318 et *J. Soc.*, 1888, p. 317) n'est pas moins affirmatif :

Attendu, en droit que le texte de l'article 4 et la place qu'il occupe dans la loi indique suffisamment son sens et sa portée ; que les avantages qu'il prévoit, et les vérifications spéciales qu'il exige ne se réfèrent évidemment qu'à l'époque de la constitution de la société, que ces exigences n'auraient plus ni sens juridique, ni de raison pratique en cours d'exercice et pendant le fonctionnement de la société.

Relevons enfin un arrêt de la Cour de Paris (11 novembre 1908, *J. Soc.*, 1913, p. 64) aux termes duquel « il n'y a pas avantage particulier sujet à vérification, quand la stipulation intervient après la constitution définitive de la société, et au cours de son fonctionnement ».

Toutefois, si la jurisprudence n'a jamais varié sur le principe, elle a tendance à élargir le sens et la portée de son acception.

Un jugement intéressant à cet égard a été rendu par le tribunal de commerce de la Seine le 27 avril 1925, lequel a été infirmé par un arrêt de la Cour de Paris, du 14 juin 1929.

Rappelons brièvement les faits :

La Compagnie Générale de Combustible et d'Arme-

ment, société anonyme au capital de 12 millions de francs, avait, dans son assemblée constitutive du 13 décembre 1919, décidé que les frais de constitution de la Société seraient réglés par un versement de 700.000 francs au fondateur qui ferait la répartition suivant les concours à rémunérer. Cette somme fut, dans la suite, répartie par le fondateur entre quatre associés pour les rembourser de leur concours à la formation de la société et payer des commissions.

Plusieurs actionnaires voyant dans cette attribution des avantages particuliers, attaquèrent la société en nullité pour inobservation des formalités de l'article 4 de la loi de 1867.

Le Tribunal de commerce de la Seine rejeta leurs prétentions en se fondant sur le motif que « la société n'avait jamais considéré cette somme de 700.000 francs que comme celle de frais de constitution de la société et qu'en raison du capital versé de 12.000.000 de francs, ladite somme représentant moins de 7 % du capital ne paraissait pas avoir le caractère d'avantages particuliers ».

Argument en réalité bien faible et qui fut rejeté par la Cour d'appel de Paris.

Considérant, lisons-nous dans l'arrêt, que les avantages particuliers ne sont soumis à la vérification prévue à l'article 4 de la loi du 24 juillet 1867 que lorsque le fondateur les a stipulés dans les statuts, que tel n'est pas en apparence le cas dans l'espèce actuelle...

Considérant que, sans doute, rien ne permet de penser que le

fondateur et le rédacteur des statuts aient agi ainsi dans un but frauduleux parce qu'ils craignaient un avis défavorable du commissaire aux apports et un refus d'approbation de la part d'une seconde assemblée constitutive, mais qu'il n'en serait pas moins dangereux de ratifier une pareille combinaison qui permettrait d'éviter l'application de l'article 4 de la loi de 1867, que le législateur a voulu que les avantages particuliers résultant directement ou indirectement des statuts fassent l'objet d'un rapport du commissaire aux apports, afin que l'assemblée générale puisse se prononcer en pleine connaissance de cause, qu'il n'est pas douteux, au contraire, qu'en votant l'allocation de 700.000 francs, l'assemblée constitutive du 13 décembre 1919 a complètement ignoré dans quelles proportions cette somme représentait des dépenses réellement engagées et un avantage particulier pour le fondateur ¹.

Cet arrêt s'appuie sur un argument qui, en l'espèce, attendu l'imprécision des textes en cette matière, paraît singulièrement fort : la pensée du législateur. Que désiraient les auteurs des lois de 1856 et de 1867, sinon protéger les actionnaires contre les abus de toutes sortes qui se produisaient surtout à l'occasion de la formation des sociétés. A notre sens, donc, il ne faut pas s'en tenir uniquement à la lettre même de la loi.

Et quand nous disons que les avantages particuliers pour être soumis à la procédure de vérification doivent être stipulés dans les statuts, nous entendons par là que la cause des avantages doit pouvoir être suffisamment précisée pour donner lieu au rapport du Commissaire aux

¹ V. *Rev. des Soc.*, 1929, p. 432, et *J. S.*, 1930, p. 224 note.

apports et les actionnaires suffisamment éclairés pour pouvoir sur le vu de ce rapport accorder les avantages ou les refuser en toute connaissance de cause.

Il y a donc lieu d'appliquer la procédure de vérification toutes les fois qu'un avantage présentera le caractère de faveur de privilège conféré à quelques-uns sous quelque forme et de quelque manière qu'il se dissimule, pourvu qu'il soit « déterminable », quand bien même il serait destiné à rémunérer des services postérieurs à l'acte de société, dès lors que cet avantage est fixé et attribué forfaitairement sans contrôle ultérieur du Conseil d'administration ou de l'assemblée générale.

A vrai dire, la question ne laisse pas que d'être délicate, surtout lorsque l'avantage est purement éventuel.

C'est ainsi que d'après un arrêt de la Cour de Lyon, ne devrait pas constituer un avantage soumis à peine de nullité de la société à l'approbation de l'assemblée constitutive, l'autorisation donnée par les statuts au Conseil d'administration d'attribuer facultativement une part des bénéfices à une personne déterminée « attendu que cette attribution facultative et éventuelle d'une part dans les bénéfices ne constitue pas un avantage certain et qu'il n'est pas nécessaire d'en soumettre à l'avance l'approbation à l'assemblée constitutive, puisque les assemblées ultérieures peuvent toujours, le cas échéant, refuser cette approbation ¹ ».

Certains auteurs considèrent au contraire, que l'attribution éventuelle de bénéfices qui, normalement, dans

¹ Lyon, 3 déc. 1895, *R. Soc.*, 1896, p. 362.

une société anonyme, doivent être partagés au marc le franc entre les actionnaires sans distinction, constitue dans tous les cas des avantages qui, s'ils sont accordés suivant les prévisions des statuts doivent être approuvés d'avance par la deuxième assemblée constitutive, après dépôt du rapport prévu par la loi ¹.

Un arrêt de la Cour de Paris rendu, il est vrai, à propos d'un apport en nature, a prononcé la nullité d'une société pour défaut d'approbation de cet apport, spécifiant que « l'approbation tardive donnée par l'assemblée même extraordinaire ne saurait suppléer à l'accomplissement des formalités régulières » ².

La ligne de démarcation est assez difficile à établir, c'est plutôt une question de fait. Néanmoins, il faut éviter que, par un moyen détourné, même sans but frauduleux, les fondateurs puissent se soustraire à l'application de l'article 4 de la loi de 1867.

*
* *

Ajoutons toutefois que ces formalités ne pourraient être étendues au cas où des avantages particuliers seraient attribués au cours de la vie sociale en dehors d'une augmentation de capital.

Dans le même ordre d'idées, la question s'est posée de savoir si les avantages stipulés dans les statuts pour la durée de la société doivent être réputés stipulés pour

¹ V. note sous DALLOZ, 1898, II, p. 113.

² Paris, 2 janvier 1906, *J. Soc.*, 1906, p. 211. V. aussi Cass., 13 mars 1876 (*D.*, 77, 1, 49).

l'espace de temps indiqué par les statuts à l'époque du contrat et non pour l'accroissement indéterminé qui résulterait d'une prorogation de la société.

Un arrêt intéressant à cet égard a été rendu par la Cour de Paris :

Considérant, lisons-nous dans cet arrêt, que, s'il est vrai de dire qu'une société prorogée est non une société nouvelle, mais une société dont l'existence est seulement continuée, la prorogation n'en nécessite pas moins des déclarations de volonté et des formalités qui, en fait, sinon en droit, établissent une ligne de démarcation très nette entre la société primitive et la société prorogée.

Que dans le langage usuel, la durée d'une société s'étend de l'espace de temps connu qu'indiquent ses statuts et non de l'espace de temps indéterminé qui résulterait d'une prorogation toujours incertaine et soumise à des éventualités fort diverses ¹.

Il faut en conclure que les bénéficiaires des avantages stipulés dans les statuts ne pourront pas en cas de prorogation de la société réclamer la continuation de ces avantages pour la nouvelle période d'existence de la société ².

SECTION III. — *L'avantage particulier doit-être stipulé par un associé ?*

L'article 4 de la loi de 1867 est ainsi conçu : « Lorsqu'un associé stipule à son profit des avantages particuliers. »

La loi exige donc que l'avantage particulier soit « stipulé par un associé ou bien, avons-nous vu, par un groupe d'associés ».

¹ Paris, 8 juillet 1886, *R. Soc.*, 86, p. 497.

² GOIRAND, *op. cit.*, n° 160.

« Mais que doit-on entendre exactement par associé ? »

La question n'est pas sans soulever de nombreuses controverses.

Actionnaire. — Aucun doute à son égard : tout actionnaire est un associé.

Fondateur. — En est-il de même du fondateur ?

Le fondateur est la personne qui coopère à la formation de la société, soit directement, soit indirectement.

Le fondateur souscripteur est évidemment un associé. Mais doctrine et jurisprudence sont d'accord pour considérer que pour être fondateur, il n'est pas nécessaire d'avoir été souscripteur¹.

Il a été jugé en ce sens que la qualité de fondateur d'une société dans les termes de l'article 42 de la loi du 24 juillet 1867 pouvait résulter d'autres actes que de la souscription d'actions au moment où cette société se forme ; ainsi, devait être considéré comme fondateur, bien que ne figurant pas en nom sur les publications légales, celui qui a participé à la formation de la société, qui a concouru à en dresser les détails, qui a sollicité et obtenu des souscriptions, qui, en un mot, a réalisé l'organisation du corps social et sa mise en activité².

Théoriquement donc, il suffirait à un fondateur de ne pas entrer dans la société, de ne pas souscrire, pour échapper aux règles protectrices de l'article 4. Il y a là une contradiction très nette entre les dispositions de la loi et les motifs qui l'ont inspirée. Le but de la loi, en insti-

¹ WAHL, note sous SIREY, 1914, II, 130. V. Cass., 9 avril 1888, S., 1888, I, 207 ; Douai, 6 mars 1900, S., 1902, II, 236.

² Cass. Req., 23 janvier 1895 (S., 1896, I, 387).

tuant cette procédure spéciale de vérification, a été d'empêcher que les fondateurs ne puissent s'attribuer des avantages excessifs en rémunération de services souvent illusoires rendus à la société ; on ne comprendrait pas qu'une partie de ces fondateurs puissent de la sorte s'exonérer des prescriptions de la loi. Aussi dans la pratique est-il d'usage de faire vérifier les avantages stipulés par les fondateurs quels qu'ils soient.

Porteur de parts de fondateur.

La même question s'est posée pour le fondateur qui, sans être souscripteur, se fait attribuer, dans les statuts, un certain nombre de parts.

On désigne sous ce nom de « part » deux sortes de titres conférant les mêmes droits : d'abord, les parts de fondateur proprement dites, allouées aux véritables fondateurs de la société pour rémunérer le concours apporté par eux à sa fondation, puis les parts bénéficiaires, accordées soit aux souscripteurs d'un grand nombre d'actions, soit au cas d'émission d'actions nouvelles aux anciens actionnaires de la société, à ceux qui ont traversé la période souvent difficile des débuts, pour leur donner une situation plus avantageuse que celle des nouveaux actionnaires qui n'auront jamais eu à courir les mêmes risques.

Nous avons consacré un chapitre spécial à l'étude des parts de fondateur, — aussi, ne ferons-nous ici que poser le problème.

On sait que la question de savoir s'il faut considérer le porteur de parts comme un véritable actionnaire ou

comme un simple créancier a été l'une des plus débattues de notre droit des sociétés.

Si l'on admet que la part est un droit de créance, on refuse par là même la qualité d'associé à son attributaire. Logiquement, alors, la part ne devrait pas être considérée comme un avantage dans le sens de l'article 4. Dans le cas contraire, la part étant assimilée à l'action, constituerait un véritable avantage particulier.

Nous avons vu comment la loi du 23 janvier 1929, qui a régleménté les parts de fondateur, a résolu le problème¹.

Gérant de la société en commandite par actions.

Le plus souvent, dans ces sociétés, on a l'habitude d'allouer au gérant, outre un traitement fixe, un tant pour cent sur les bénéfices, l'intéressant ainsi plus directement à l'administration de la société.

Certains auteurs, se fondant sur le texte même de la loi, ont prétendu que, par associé, la loi n'entendait que celui qui avait cette seule qualité et non celui qui était en outre chargé de fonctions administratives et que le gérant n'étant que le mandataire des associés avait droit à une rémunération pour sa gestion².

Un deuxième système plus rationnel a été consacré par l'arrêt de la Cour de Bordeaux du 20 novembre 1865 précité.

D'après cet arrêt la distinction faite par les auteurs précédents est extrêmement subtile et de plus contraire à l'esprit de la loi. Le gérant a sans doute une double qua-

¹ Cf. *supra*, p. 83.

² PONT, n° 977.

lité : comme associé, il possède des actions et a le droit de prendre part et de voter aux assemblées ordinaires ; comme gérant, il dirige les opérations de la société. Il est impossible de séparer ces deux qualités pour mêler à l'acte social un contrat de louage de services ¹.

Ajoutons que les motifs pour lesquels la loi a soumis les avantages particuliers à des règles spéciales, existent toujours et *a fortiori* quand l'associé auquel ces avantages sont attribués est en même temps gérant. La plupart du temps, c'est celui-ci qui rédige l'acte social, et qui, dans cet acte, ne pouvant être élu par des associés qui n'existent pas encore, se désigne lui-même comme gérant de la société et insinue les avantages particuliers attachés à ce titre.

Remarquons en terminant, que la question s'est posée devant le tribunal de savoir si la rétribution allouée au gérant par les statuts d'une société en commandite par actions et constituant ou non au profit de celui-ci un avantage particulier, était du ressort de l'assemblée générale ou des tribunaux.

L'arrêt de la Cour de Bordeaux précité a jugé que l'assemblée générale des actionnaires était seule compétente à l'exclusion des tribunaux pour apprécier « soit l'étendue, soit la nature même des avantages particuliers stipulés au profit d'un associé ».

Cet arrêt a été cassé par un arrêt de la Cour qui considère que la solution de cette question contentieuse

¹ Bordeaux, 20 nov. 1865 (S., 66, II, 119) ; GOIRAND, n° 155 ; THALLER et PIC, n° 933 ; BESLAY et LAURAS, n° 404 ; HÉMAR, n° 256.

appartient non à l'assemblée générale des actionnaires, mais aux tribunaux ordinaires « en vertu du droit commun et cela préjudiciellement au point de savoir si la société tombe ou non sous le coup de la nullité édictée par l'article 6 de la loi du 17 juillet 1856¹ ».

SECTION IV. — *L'avantage doit avoir été stipulé « à leur profit » par un ou plusieurs associés. (Théorie de l'avantage personnel et de l'avantage « fonction »).*

Il nous reste à préciser ce que la loi a voulu entendre par l'expression « stipuler à son profit ».

Ecartons de suite l'hypothèse où un associé, sans intervenir lui-même dans les statuts, se ferait accorder dans ces mêmes statuts des avantages par l'intermédiaire d'un fondateur qui stipulerait en son nom. Tous les auteurs sont d'accord pour reconnaître que, dans ce cas, il y aurait lieu de procéder à vérification.

Mais de ce que les associés doivent « stipuler à leur profit » les avantages, faut-il conclure que nécessairement ils doivent être nommément désignés dans les statuts ou dans le procès-verbal qui a décidé l'augmentation de capital?

Evidemment la première pensée du législateur a été de défendre les actionnaires contre les avantages que certains fondateurs s'arrogeaient en quelque sorte *proprio motu*².

¹ Cass., 18 déc. 1867, S., 68, I, 145.

² BOSVIEUX, *op. cit.*, p. 78.

De là, vient la rédaction trop restrictive de l'article 4. Mais à notre sens, il faut interpréter l'article 4 d'une façon beaucoup plus libérale. Nous dirons donc que si les associés attributaires d'avantages ne sont pas nommément désignés dans les statuts ou dans le procès-verbal de l'assemblée générale qui a décidé l'augmentation du capital, il suffira pour donner lieu à l'application de l'article 4 qu'ils puissent être individualisés ou tout au moins individualisables de façon à être reconnus sans équivoque possible¹.

*
* *

Mais ce n'est pas tout, c'est sur cet argument : à savoir qu'il n'y a pas stipulation de la part de l'associé, que certains auteurs se fondent pour refuser le caractère d'avantages particuliers aux avantages conférés non à l'individu, mais à la fonction. Ils distinguent l'avantage « personnel » de l'avantage « fonction ».

Tel serait le cas des jetons de présence alloués aux membres du Conseil d'administration ou encore le cas du traitement du directeur. Faut-il considérer ces avantages comme de véritables avantages dans le sens de l'article 4 de la loi de 1867 ?

Le premier système prétend que la règle est générale et que tous les avantages particuliers, même ceux qui sont attachés à la fonction, doivent être soumis à la procédure

¹ BOSVIEUX, p. 77 ; ARTHUYS, n° 346 ; HÉMAR, p. 331 ; THALLER et PIC, n° 934 ; Lyon, 1^{er} août 1884 ; *J. Soc.*, p. 702.

de vérification ¹. Un certain nombre de jugements sont en ce sens ².

Une deuxième opinion diamétralement opposée dispense complètement ces avantages du contrôle des actionnaires. Les bénéficiaires de ces avantages sont des personnes futures étrangères à la constitution de la société. On ne peut les soupçonner d'avoir inspiré la disposition qui a fixé leurs émoluments ³. Ce n'est donc pas en tant qu'associés ayant stipulé à leur profit ces avantages que ceux-ci sont accordés.

La véritable solution est dans un système mixte : A notre sens, il faut élargir ici la portée de la loi. Ce que la loi a voulu : c'est protéger les actionnaires contre les entraînements de la première heure, mais aussi empêcher que la création d'une société ne soit « une occasion de caser des amis, de pourvoir en prébendes des oisifs qui vivront aux dépens de l'entreprise et qui la feront crouler sous les frais généraux » ⁴.

Nous admettrons donc que certains avantages, soit de nature fixe (jetons de présence — allocation aux administrateurs — au Conseil de surveillance, etc.), soit représentant une part de bénéfices, devront être soumis aux formalités de vérification, quand leurs attributaires seront désignés statutairement ⁵. Car, ici, nous nous trouvons

¹ PONT, n° 975 ; FLOUCAUD-PÉNARDILLE, n° 400 ; *Rep. du droit fr.*, n° 3378.

² V. Seine, 4 avril 1887, *Rev. Soc.*, 1890, p. 103 ; Seine, 16 mai 1887, *J. Soc.*, 1888, p. 208.

³ THALLER, *op. cit.*, p. 346.

⁴ THALLER, *op. cit.*, p. 346.

⁵ HÉMAR, n° 173 ; ARTHUYS, n° 346 ; *J. Soc.*, 1882, p. 233.

bien en présence d'avantages personnels stipulés à leur profit par des personnes nommément désignées dans les statuts et qui ne sont pas, par conséquent, étrangères à la constitution de la société. Tandis que ne constitueraient pas des avantages particuliers au sens de l'article 4, des avantages attribués à une fonction déterminée, sans qu'il soit fait mention dans les statuts des personnes bénéficiaires.

CHAPITRE II

De la procédure de vérification

Remarque préliminaire.

Notre but n'est pas d'entrer dans tous les détails de la procédure de vérification. Celle-ci a fait l'objet de nombreux commentaires de la part de la doctrine et les auteurs qui ont étudié plus spécialement la question des apports en nature lui ont consacré de longs développements¹.

Nous estimons cependant qu'une étude succincte des différentes phases de la procédure de vérification complètera utilement notre sujet et nous permettra de juger si, avec l'évolution des sociétés, le but de la loi de 1867, c'est-à-dire en définitive la protection des actionnaires les uns vis-à-vis des autres, est toujours assuré.

En quoi consistent donc les formalités de l'article 4?

On sait que les formalités de vérification ont été établies, non pas par la loi de 1867, mais par l'article 4 de la loi du 17 juillet 1856 sur les sociétés en commandite par actions. La loi de 1867, dans son article 24, n'a fait que les étendre aux sociétés anonymes.

¹ V. notamment : LAFFARGUE, *La valeur économique des divers procédés d'estimation des apports en nature dans les sociétés anonymes*, thèse, Paris, 1920 ; CHOTTIN, *De la vérification des apports en nature*, thèse, Nancy, 1922 ; COURTOIS, thèse, Paris, 1929, p. 87.

Elles consistent dans la réunion de deux assemblées. Etudions brièvement les règles auxquelles elles sont soumises et le rôle qu'elles ont à remplir.

Les assemblées constitutives

SECTION I. — Règles générales. — Convocation.

L'article 4 prévoit que lorsqu'un associé ...stipule à son profit des avantages particuliers, la première assemblée générale fait apprécier... la cause des avantages stipulés. A ces assemblées générales, les actionnaires, c'est-à-dire tous les souscripteurs de numéraire et les attributaires d'actions doivent être convoqués sur l'initiative du gérant ou des fondateurs¹.

La convocation n'est astreinte à aucune forme spéciale. Généralement, le mode en est réglé par les statuts. Il consiste soit dans un avis inséré dans un journal d'annonces légales, soit dans une simple lettre ou une circulaire adressée individuellement à chacun des actionnaires². A la rigueur, une convocation verbale prévue par les statuts serait suffisante, mais n'est pas recommandée en raison de la difficulté d'établir la preuve.

Une convocation spéciale est nécessaire pour chacune des deux assemblées. Cependant, les actionnaires réunis dans la première assemblée pourraient valablement fixer la date de la seconde réunion.

¹ HOUPIN, n° 726 ; LYON-CAEN et RENAULT, n° 710 ; PONT, n° 982.

² Cons. à ce sujet propos. de loi tendant à faciliter et à rendre vraiment opérante la convocation des actionnaires aux assemblées générales en vue de leur permettre un contrôle plus effectif des sociétés dont ils possèdent les titres. *Rec. Jur. Soc.*, 1930, p. 277.

Les convocations doivent comprendre les jour, heure et lieu de réunion, mais pas nécessairement l'indication de l'ordre du jour.

Les statuts prévoient généralement le délai qui doit s'écouler entre la convocation et la réunion de l'assemblée. Cependant, il a été jugé que les délais prévus par les statuts pour les assemblées ordinaires et extraordinaires n'étaient pas de plein droit applicables aux assemblées constitutives¹.

L'intervalle minimum entre les deux assemblées doit être de cinq jours, la loi prescrivant que le rapport sur l'évaluation des apports en nature et avantages particuliers doit être présenté cinq jours au moins avant la réunion de la deuxième assemblée.

Quant au délai fixé entre la convocation et la première réunion, dans le silence des statuts, il doit être suffisant pour permettre aux actionnaires soit de se rendre à la réunion, soit de s'y faire représenter.

Composition et vote.

A. — Sociétés en commandite par actions.

Les délibérations relatives à la vérification et à l'approbation des apports et avantages sont prises par la majorité des actionnaires présents. Cette majorité doit comprendre le quart des actionnaires et représenter le quart du capital social en numéraire (loi du 24 juillet 1867, art. 4, § 4).

¹ Cass. (Ch. Crim.), 3 juillet 1914 ; *J. Soc.*, 1915 ; *Gaz. Soc.*, 1915, 84 ; *Houpin*, n° 728 ; *Vavas seur*, n° 906.

Les associés qui ont fait des apports en nature ou stipulé des avantages particuliers soumis à l'appréciation de l'assemblée n'ont pas voix délibérative (art. 4 et 5). Ils peuvent assister à la réunion, mais sans prendre part au vote, tout au moins en ce qui les concerne. Si cependant, ils avaient pris part au vote, la Société ne serait pas nulle pour autant, à condition que les avantages aient été approuvés par une majorité suffisante en dehors d'eux ¹.

Il est du reste d'usage de constater dans le procès-verbal que les associés avantageés n'ont pas participé au vote.

Une question longtemps controversée a été celle de savoir de quelle façon la majorité prescrite par les articles 4 et 30 devait être calculée. La Cour de cassation a décidé que cette majorité doit être calculée en défalquant du chiffre total des votes recueillis, ceux qui émanent des souscripteurs apporteurs, et que l'on ne doit considérer pour déterminer les conditions de nombre et de représentation prévue par la loi, que les titres appartenant aux simples souscripteurs en numéraire appelés à vérifier les apports ².

B. — *Sociétés anonymes.*

Assemblées constitutives.

Les assemblées constitutives dans les sociétés anonymes sont tenues de se conformer non seulement aux disposi-

¹ Paris, 12 janv. 1887, *J. Soc.*, 1887, p. 772 et 31 déc. 1906, *J. Soc.*, 1907, p. 413 ; HÉMARD, p. 309 ; ARTHUYS, n° 352 ; HOUPIN, n° 739.

² Paris, 31 déc. 1906 (*J. Soc.*, 1907, 413 ; *D.*, 1908, 1, 513) ; LYON-CAEN et RENAULT, 513 bis ; HÉMARD, p. 309 ; HOUPIN, n° 743.

tions de l'article 4 de la loi de 1867, mais encore à d'autres règles.

C'est ainsi que l'article 30 (§§ 1 et 2) stipule que les assemblées qui ont à délibérer sur la vérification des apports et des avantages doivent être composées d'un nombre d'actionnaires représentant la moitié au moins du capital social. Le capital social, dont la moitié doit être représentée pour la vérification de l'apport se compose seulement des apports non soumis à vérification.

La question a été discutée de savoir s'il fallait cumuler les prescriptions des articles 4 et 30. Il est actuellement admis en doctrine et en jurisprudence¹.

1° Que les assemblées générales constitutives doivent représenter la moitié au moins du capital en numéraire, défalcation faite du capital des actions souscrites par les apporteurs.

2° Que les délibérations de ces assemblées doivent être prises à la majorité absolue des voix des actionnaires ayant le droit de vote — majorité comprenant le quart des souscripteurs et le quart du capital en numéraire sans qu'il y ait lieu de tenir compte des apporteurs qui sont en même temps souscripteurs et des actions par eux souscrites.

L'article 30 de la loi de 1867 § 3 prévoit le cas où sur une première convocation, le quorum atteint ne serait pas suffisant. Aux termes de cet article: « Si l'assemblée générale ne réunit pas un nombre d'actionnaires représentant la moitié du capital social, elle ne peut prendre qu'une

¹ LYON-CAEN et RENAULT, n° 713 ; HOUPIN, n° 746 ; PERCEROU, p. 224.

délibération provisoire. Dans ce cas, une nouvelle assemblée générale est convoquée. Deux avis, publiés à huit jours d'intervalle, au moins un mois à l'avance, dans l'un des journaux désignés pour recevoir les annonces légales, font connaître aux actionnaires les résolutions provisoires adoptées par la première assemblée, et ces résolutions deviennent définitives si elles sont approuvées par la nouvelle assemblée, composée d'un nombre d'actionnaires représentant le cinquième au moins du capital social. »

Dans ces assemblées, à la différence de la société en commandite où chaque actionnaire ne peut disposer que d'une voix, tout actionnaire, quel que soit le nombre d'actions dont il est porteur, peut pendre part aux délibérations avec le nombre de voix déterminé par les statuts, mais qui ne peut être supérieur à dix (art. 27, § 3).

Assemblées générales assimilées aux assemblées constitutives.

La question s'est posée de savoir s'il fallait assimiler aux assemblées constitutives les assemblées générales réunies à l'occasion d'une augmentation de capital ¹.

Certains auteurs ont soutenu la négative. Pour eux, ne devraient être soumises aux règles de constitution que les assemblées proprement constitutives ; les autres ne seraient que des assemblées générales ordinaires ou extraordinaires ¹.

D'après une autre opinion, les règles de constitution ne

¹ COPPER-ROYER, t. II, p. 522 ; PIC, t. III, n° 1419.

seraient nécessaires que pour la validité des assemblées, mais une assemblée générale extraordinaire serait suffisante pour modifier les statuts.

Une simple remarque suffit pour condamner ce système. Comme l'a fait ressortir un auteur, le mode de votation n'étant pas le même dans ces deux assemblées « il peut arriver que l'augmentation de capital devienne parfaite par le vote favorable de l'assemblée et que la modification aux statuts soit reprise par suite de l'opposition de gros actionnaires possédant les deux tiers du capital, mécontents de la réalisation de l'augmentation de capital prévue originairement aux statuts et réalisée par un Conseil où ils se sont trouvés en minorité¹ ».

Nous avons vu que dans l'hypothèse où l'augmentation de capital par souscription d'actions de numéraire s'accompagne d'une attribution d'avantages particuliers, deux cas peuvent se présenter qui, à notre sens, doivent donner lieu à vérification : celui où la création d'un avantage particulier attribué aux anciens actionnaires sous la forme par exemple de parts de fondateur, est concomitante à une augmentation de capital — et celui où ce même avantage est créé et attribué aux souscripteurs des actions nouvelles également lors d'une augmentation de capital².

Dans le premier cas, l'assemblée de ratification devra réunir pour sa validité la moitié du capital ancien et nouveau, le quorum pour le vote sur la résolution nommant le commissaire et sur celle approuvant les conclusions.

¹ CHARRON, art. précité, p. 22.

² Cf. *supra*, p. 91.

de son rapport devra comprendre un nombre d'actionnaires représentant la moitié du capital social seulement, et encore déduction faite des actions nouvelles souscrites par les actionnaires anciens ; la majorité devra comprendre le quart des actionnaires pouvant voter et le quart du capital ainsi obtenu.

Dans le deuxième cas, l'approbation de l'avantage doit être faite par les anciens actionnaires qui ne sont pas souscripteurs d'actions nouvelles.

Le quorum pour l'approbation comprendra donc la moitié du capital ancien, déduction faite des actions anciennes possédées par des actionnaires anciens, souscripteurs d'actions nouvelles. La majorité pour l'approbation des avantages comprendra le quart des actionnaires pouvant voter et le quart du capital ainsi obtenu.

SECTION II. — *Mission des assemblées.*

Première assemblée.

Son rôle est prévu par l'article 4, § 1, ainsi conçu : « La première assemblée fait apprécier la cause des avantages stipulés. »

Mais la plus grande liberté est laissée à l'assemblée sur la façon dont la vérification doit être faite. C'est en réalité une grave erreur, car, à ce stade de la formation de la société, les actionnaires ne se connaissent généralement pas et ne possèdent pas la cohésion indispensable à la défense de leurs intérêts.

Le plus souvent, l'assemblée désigne un ou plusieurs commissaires connus sous le nom de commissaires aux

apports chargés de réunir les renseignements et de présenter un rapport.

En fait, le choix du ou des commissaires est dicté par le président, ou par un membre du bureau, voire même par l'apporteur ou l'associé avantage. Dans ces conditions, il est permis de mettre en doute l'indépendance des commissaires. « Il faut espérer, écrit, à leur sujet, M. le professeur Thaller, qu'ils ne seront pas à la dévotion des fondateurs, bien que leur indépendance soit difficile à obtenir. »

Dans la pratique, les fonctions de commissaires aux apports sont souvent confiées à un ami ou même à un collaborateur intéressé sous prétexte que ce dernier connaît déjà l'affaire, si bien que la vérification est devenue une simple formalité. — Au Congrès des sociétés, en 1900, M. Rodolphe Rousseau, rapporteur général, a été jusqu'à déclarer que la plupart du temps, la vérification suivant la loi française n'était qu'une simple comédie.

La véritable vérification, l'appréciation raisonnée des apports et avantages est, en réalité, faite avant l'accomplissement des formalités légales. La Banque ou le groupement financier qui se décide à lancer l'affaire, l'ont étudiée et ont chargé des techniciens de faire le véritable rapport critique. La garantie des actionnaires est alors subordonnée à la surface et au sérieux de ces établissements.

Deuxième assemblée.

« La seconde assemblée ne pourra statuer sur l'approbation de l'apport ou des avantages, qu'après un rapport

qui sera imprimé et tenu à la disposition des actionnaires cinq jours au moins avant la réunion de cette assemblée » (loi du 24 juillet 1867, art. 4, § 3).

Le rapport doit être signé et imprimé, mais la loi ne précise ni son objet ni son contenu. Il doit renfermer tous les renseignements propres à éclairer les actionnaires sur la cause des avantages.

Il est d'usage d'envoyer le rapport imprimé aux souscripteurs, mais cela n'est pas indispensable. Généralement, on constate dans le procès-verbal de la délibération que le rapport a été mis à la disposition des actionnaires cinq jours au moins avant la réunion ; ce délai a été institué pour permettre aux actionnaires de réfléchir et leur éviter les surprises et entraînements.

Voici un exemple de rapport sur les apports et avantages.

*Rapport du Commissaire
à la vérification des apports et des avantages particuliers*

MESSIEURS,

En exécution de la mission que vous m'avez confiée dans votre première assemblée constitutive tenue le j'ai procédé à l'examen des apports en nature faits à la société en formation par MM. ... et des avantages particuliers résultant des statuts en faveur de MM...

MM... ont fait apport à la société, etc.

Quant aux avantages particuliers, ils résultent de l'article ... des statuts, aux termes duquel MM., premiers administrateurs statutaires, recevront % du solde

des bénéfices disponibles après le prélèvement de la réserve légale et le versement d'un premier dividende de 5 % aux actions. Ces tantièmes statutaires alloués par les statuts aux personnes d'une compétence éprouvée, qui forment notre premier conseil d'administration sont normaux et constituent, à mon avis, la juste rémunération du concours qu'ils vont apporter à votre société.

Je vous propose donc d'approuver purement et simplement les apports de MM. ainsi que les avantages particuliers résultant des statuts.

Fait à le

Signature.

Délibération

La deuxième assemblée délibère et statue sur les apports en nature et les avantages particuliers. Le rapport du ou des commissaires n'est, en effet, fourni aux actionnaires qu'à titre d'indication et l'évaluation trouvée par eux n'a aucunement le caractère de la chose jugée. Ainsi le rapport pourrait conclure à l'exagération des avantages stipulés ou même à leur manque complet de fondement et cependant l'assemblée serait libre de les approuver purement et simplement.

Le système de la loi française est donc un système à la fois très formaliste puisque la société n'est valablement constituée que lorsque les conditions de majorité et de quorum sont remplies — et très large : la plus grande liberté étant laissée à l'assemblée dans l'appréciation des avantages stipulés.

Réduction. — Majoration et minoration des avantages.

L'assemblée est donc libre d'accepter ou de refuser les avantages. Si la délibération aboutit à un refus d'approbation, ce refus rend impossible la constitution de la société (L. 1867 art. 4, § 6). Si, au contraire, elle aboutit à une approbation, la condition se trouve accomplie et le contrat est parfait.

Mais l'assemblée peut-elle transiger, réduire les avantages? Il ressort nettement des travaux préparatoires de la loi que l'assemblée n'est pas tenue de se prononcer pour la non-approbation. Elle peut essayer d'une transaction avec les apporteurs ou associés avantagés, si ceux-ci consentent à une réduction de l'évaluation originaire, et le vote de la majorité des actionnaires avec l'accord des bénéficiaires d'avantages suffit pour lier la minorité. La plus grande partie des auteurs se prononce en ce sens¹.

Le chiffre ou l'avantage accordé par l'assemblée est-il définitif?

La loi de 1867 (art. 4, § 7) décide que l'approbation donnée par l'assemblée générale aux apports en nature et avantages particuliers « ne met pas obstacle à l'exercice ultérieur de l'action qui peut être intentée pour cause de dol ou de fraude ». En dehors de ces cas, les avantages régulièrement approuvés sont définitifs.

On conçoit combien, en fait, il est difficile à un actionnaire de prouver le dol ou la fraude. Aussi l'actionnaire

¹ MATHIEU et BOURGUIGNAT, n° 48 ; LYON-CAEN et RENAULT, n° 717 ; HÉMARD, p. 306.

lésé agit-il le plus souvent par la voie pénale en faisant la preuve de l'escroquerie.

*
* *

En résumé, la procédure de vérification, telle qu'elle a été instituée par la loi du 24 juillet 1867 se montre aujourd'hui archaïque et insuffisante, surtout quand il s'agit de garantir les actionnaires victimes d'une majoration des apports en nature et avantages particuliers faite sans agissement frauduleux.

Des projets de réforme ont été élaborés. Citons ceux de 1884, de 1903 et du 16 mars 1920 dans le détail desquels nous n'entrerons pas ¹.

Notre conclusion aura pour but d'attirer l'attention sur les lacunes que comportent en matière d'avantages particuliers nos vieilles lois sur les sociétés, lacunes que nous avons déjà eu l'occasion de signaler au cours de nos développements antérieurs. Deux questions se posent, auxquelles nous devons répondre :

Quels sont les cas où la protection des actionnaires contre des avantages excessifs accordés à certains est insuffisamment assurée?

L'extension à ces cas, de l'application de la procédure de vérification telle que nous la connaissons, est-elle possible et serait-elle une garantie efficace?

¹ Consulter à ce sujet thèses Laffargue, Chottin, Courtois, précitées.

Conclusion

Nous espérons avoir donné un aperçu suffisamment clair des problèmes soulevés dans la pratique par la question si délicate des avantages particuliers.

Faut-il étendre les mesures légales pour la protection des actionnaires ou bien est-il préférable de conserver notre système de vérification tel qu'il a été établi par la loi du 24 juillet 1867? Certains auteurs soutiennent ce dernier point de vue et prétendent que la liberté est préférable aux entraves d'une législation trop méticuleuse. D'ailleurs, ajoutent-ils, les tribunaux ne sont-ils pas là pour réprimer les abus qui peuvent se produire?

Sans nier le rôle joué par les tribunaux, il ne faut pas perdre de vue, à notre sens, que les tribunaux sont chargés d'appliquer et d'interpréter la loi, mais non d'y suppléer. Or, le développement des sociétés anonymes qui n'a cessé de s'accroître depuis la fin du siècle dernier a créé des situations nouvelles que n'a pas prévues, ajoutons à sa décharge, que n'a pu prévoir le législateur de 1867 : d'où la nécessité d'apporter à notre vieille loi sur les sociétés des modifications et des améliorations.

En matière d'avantages particuliers, une réforme s'impose plus spécialement. M. Chastenet écrivant un article de la *Grande Revue* a pu dire : « Après la fictivité des souscriptions et des versements, une des causes les plus

fréquentes de la ruine des sociétés consiste dans l'exagération des apports et des avantages particuliers¹. »

D'autre part, nous savons que le défaut de vérification entraîne comme sanction la nullité absolue de la société. « Arme redoutable, qui, prise par le chantage, dit le professeur Thaller, met les administrateurs en demeure de composer, de transiger devant des menaces de procès. » Elle ne protège, en tout cas, nullement l'actionnaire lésé s'il n'y a pas eu de manœuvre frauduleuse et elle ne donne pas aux apporteurs et aux administrateurs honnêtes les garanties auxquelles ils auraient droit.

Par conséquent, plutôt que de laisser le champ libre aux spéculateurs malhonnêtes et aux maîtres chanteurs et pour éviter les cas incertains et les controverses qu'ils soulèvent, il nous paraît bien préférable de s'en remettre à des dispositions légales, sinon draconiennes du moins suffisamment efficaces, pour protéger utilement et l'actionnaire et la société.

Il nous reste à examiner brièvement dans notre conclusion les lacunes que comportent en matière de vérification des avantages particuliers nos vieilles lois sur les sociétés et à déterminer les mesures qu'il conviendrait de prendre pour assurer la défense de l'épargne.

*
* *

¹ 1903, p. 179.

SECTION I. — *Extension de la protection des actionnaires en matière d'avantages particuliers*

A. — *Attribution d'avantages particuliers à des tiers.*

La loi de 1867 n'exige de vérification que pour les avantages qui auraient été stipulés à leur profit par un associé ou un groupe d'associés. Comment expliquer cette restriction de l'application de la loi aux seuls associés ?

Cela s'explique en réalité par les faits. L'attention du législateur en 1856 comme en 1867 avait été surtout attirée par les abus auxquels se livraient ceux qui concouraient à la formation des sociétés. C'est contre les avantages excessifs que les fondateurs s'arrogeaient *proprio motu* qu'il a entendu réagir. D'où l'expression : « Lorsque un associé stipule à son profit. » Nous avons vu comment le sens de cette expression avait fini par s'élargir.

Mais pour que la protection des actionnaires soit vraiment efficace, ne conviendrait-il pas d'étendre l'application de la loi aux non-associés, aux tiers tout au moins lorsque des avantages leur sont attribués aux termes des statuts.

Certes, défendre les actionnaires contre des appétits trop gourmands venant de l'un d'entre eux est une mesure qui s'impose. A notre avis cette mesure n'est qu'une demi-mesure, destinée même à favoriser les fraudes. Insuffisamment renseignés et dans « l'entraînement de la première heure, l'ardeur de la lune de miel » comme le disait le rapporteur de la loi de 1867, les actionnaires vont accorder à des individus sans scrupules, véritables détrousseurs

de l'épargne publique, des avantages pour des services imaginaires sous forme le plus souvent d'allocations en espèces, de commissions. Ces individus n'auront garde d'entrer dans la société, et de la sorte éviteront des formalités qui risqueraient de percer à jour leurs agissements.

Ainsi donc, le cadre de la rupture d'égalité entre actionnaires est devenu trop étroit, et si l'on veut vraiment protéger l'épargne publique d'une manière efficace il nous paraît nécessaire d'étendre la procédure de vérification, non pas telle qu'elle a été établie par notre vieille loi sur les sociétés, mais rajeunie et répondant aux nécessités de la vie économique moderne, à des cas que n'a pu prévoir le législateur de 1867.

La loi du 23 janvier 1929 a du reste fait un pas en ce sens, en prévoyant la vérification au cas d'attribution à des tiers, de parts de fondateur, nous avons vu en quelles circonstances.

B. Création et attribution d'avantages particuliers au cours de la vie sociale.

La loi du 24 juillet 1867 ne vise que les avantages particuliers conférés par les statuts d'une société en formation. A la constitution de la société, il faut assimiler le cas d'augmentation de capital de sorte que les avantages conférés à cette occasion devront être soumis aux formalités de l'article 4.

De même la loi du 23 janvier 1929 ne prescrit les mêmes formalités que pour les parts de fondateur, créées ou attri-

buées lors de la formation de la société ou à l'occasion d'une augmentation de capital.

Mais en dehors de ces deux cas, les divers avantages conférés à un associé ou à un groupe d'associés au cours de la vie sociale échappent aux règles protectrices de l'article 4 « qu'il n'est pas permis d'étendre arbitrairement aux rétributions, allocations et autres avantages que l'assemblée générale délibérant dans la plénitude de ses droits juge bon d'accorder librement à des associés, comme elle pourrait le faire à des tiers »¹.

Un auteur a dit avec juste raison que trop souvent la création d'une société est l'occasion « de caser des amis, de pourvoir en prébendes de riches oisifs qui vivent de la substance de l'entreprise et la font crouler sous les frais généraux ».

En réalité, de pareils abus sont à craindre au cours de la vie sociale comme lors de sa formation. Il y a bien alors la responsabilité du conseil d'administration, mais celui-ci se couvrira en soumettant des décisions précisément à l'approbation de l'assemblée générale des actionnaires. Cette assemblée, dit-on, peut, à la différence des assemblées constitutives discuter les avantages, les approuver, les réduire ou les rejeter sans que la formation de la société en dépende.

Mais on sait ce que sont en France ces assemblées où les conditions de quorum sont souvent si difficiles à réunir. On a donné à ce mal le nom « d'absentéisme ». Les actionnaires, pour la plupart, trop peu au courant des affaires,

¹ HOUPIN et BOSVIEUX, *op. cit.*, n° 574 ; HÉMAR, p. 332 ; THALLER et PIC, n° 935.

ou bien se désintéressent des assemblées, ou bien se contentent d'envoyer leur pouvoir signé en blanc, au siège de la société ; leurs mandataires, le plus souvent, seront alors à la dévotion du conseil d'administration.

D'autre part, il ne faudrait pas tomber dans l'excès contraire, et paralyser la marche de la société par une réglementation trop méticuleuse.

Les formalités de l'article 4 ne peuvent s'appliquer que pour des avantages accordés dans les statuts.

Dans le cas d'avantages concédés au cours de la vie sociale (en dehors du cas d'augmentation de capital), il ne saurait être question de réunir des assemblées « constitutives » ni même des assemblées spéciales qui nécessiteraient des pertes de temps. Nous serions partisans dans cette hypothèse d'un renforcement de responsabilité des administrateurs et des personnes avantagées en dehors, bien entendu, du cas de fraude.

SECTION II. — *Mesures de protection de l'épargne*

Les mesures destinées à protéger l'épargne doivent être de deux sortes : préventives et répressives. Etudions successivement chacune d'elles.

A. *Mesures préventives.*

Dans l'exposé des motifs d'une proposition de loi relative à la réglementation de la publicité financière, M. Besset disait très justement : « Le devoir du législateur

n'est pas seulement de punir le malfaiteur. Il lui faut chaque fois qu'il en a le pouvoir, prévenir le méfait¹. »

Parmi ces mesures, il en est deux qui intéressent plus spécialement notre sujet : elles ont trait à la publicité et à certaines réformes de la procédure de vérification.

Publicité.

La publicité aura surtout pour but d'empêcher, en prévenant le public, que des abus ne se produisent lors de la constitution de la société. Le législateur a déjà cherché à obvier à l'inconvénient que présente pour les épargnants la stipulation d'avantages particuliers faite par les fondateurs à l'origine de la société.

C'est ainsi que la notice qui, d'après l'article 3 de la loi du 30 janvier 1907 est publiée au *Bulletin des Annonces légales* obligatoire avant toute émission ou introduction des actions sur le marché, doit faire mention « des avantages stipulés au profit des fondateurs et administrateurs, du gérant et de toute autre personne, des apports en nature et de leur mode de rémunération ».

Mais dans la pratique, cette mesure, excellente en soi, s'est montrée nettement insuffisante. Un projet de loi du 12 janvier 1929 ayant pour objet « de protéger l'épargne par une réglementation des mesures de publicité des émissions financières et des sociétés commerciales » complète utilement la notice de la loi du 30 janvier 1907 en rendant obligatoire l'insertion dans cette notice d'indications détaillées énumérées limitativement. Ces indications

¹ 10 déc. 1928, n° 906.

seront susceptibles de donner à un observateur averti tous renseignements de fait nécessaires pour se former une opinion sur la situation de l'entreprise.

Plus directe paraît être l'innovation contenue dans le projet de la Ligue pour la réforme de la législation des sociétés. S'inspirant de la loi belge, les auteurs du projet ont porté leur attention sur le bulletin de souscription. Ce bulletin, appelé aussi contrat de souscription doit aux termes de l'article 4 du projet, contenir certaines énonciations entre autres « la nature et l'estimation des frais de constitution ».

Mais outre que parmi ces énonciations ne figurent pas les avantages particuliers stipulés par les fondateurs, le projet se heurte à des impossibilités matérielles. Ainsi il prévoit que le bulletin devra porter la mention manuscrite que le souscripteur a eu connaissance des statuts. Comment pratiquement obtenir les signatures de 10.000 souscripteurs, à qui il faudra envoyer les statuts et qu'il sera souvent bien difficile d'atteindre. Et ceux qui ne savent pas signer ?

Le projet de la Ligue paraît mieux inspiré lorsqu'il impose aux constituants de sociétés l'obligation de déposer leur acte statutaire dans un endroit déterminé à la disposition des souscripteurs éventuels : soit dans une étude de notaire, soit au Greffe du tribunal de commerce.

Mode d'évaluation des avantages particuliers.

D'autres que nous ont exposé les inconvénients que présentait notre procédure de vérification. Nous nous bor-

nerons simplement à attirer l'attention sur un point qui nous paraît plus spécialement critiquable.

Quelles personnes vont être appelées à contrôler et à vérifier les avantages particuliers ? Ce sont les commissaires aux apports. Or, les commissaires aux apports sont en général choisis parmi les actionnaires eux-mêmes. Ils ne présentent donc pas toujours les garanties d'impartialité voulues. Un inconvénient plus grave réside dans le fait que pratiquement leur responsabilité est nulle¹. Il y aurait donc lieu de recourir à un système différent.

On connaît la création faite en Allemagne, par la loi de 1884 de ce que l'on a appelé « les réviseurs » — l'article 192 de cette loi stipule que : « Dans le cas où un membre de la direction ou du conseil de surveillance fait partie des fondateurs ou si un membre s'est réservé un avantage particulier, ou bien s'il a stipulé en sa faveur une indemnité ou une rémunération à raison de la fondation ou des travaux préliminaires à la fondation, ou bien encore s'il se présente un cas visé à l'article 182, § 2, une vérification doit être faite par des réviseurs spéciaux². »

La création d'un corps d'experts aurait l'avantage de constituer pour les actionnaires une double garantie : de compétence et d'impartialité qui, il faut bien le reconnaître, fait le plus souvent défaut aux commissaires aux apports.

Les réviseurs allemands nommés par l'organe officiel-

¹ Cour d'Angers, 19 mai 1891 ; D., 1892, II, 81.

² Sur l'institution des réviseurs en droit allemand, v. SOLUS, *Ann. de droit com.*, 1923, pp. 309 et s.; 1924, p. 34.

lement chargé de représenter le commerce et à défaut par le tribunal de baillage seront indépendants de la société. Mais on doit remarquer que l'article 194 de la loi de 1884 décide qu'en cas de dissentiment entre les experts et les fondateurs, il appartient à l'organe qui a nommé les réviseurs de trancher la question. Il y a là de la part des pouvoirs judiciaires la possibilité d'une intervention qui peut être dangereuse pour les sociétés.

Nous ne sommes pas partisans d'une intervention officielle dans la désignation des experts, qui risquerait de soumettre les sociétés au contrôle de l'Etat, ce qui est inadmissible. A cet égard le système d'une corporation privée à la manière des « chartered accountants » anglais nous paraît bien préférable.

On exigerait des experts l'obtention d'un brevet délivré par l'Etat. Les experts seraient désignés par Chambre de commerce¹.

Les décisions prises par eux seraient entourées de telles garanties qu'elles constitueraient pour les actionnaires quels qu'ils soient et par conséquent pour l'épargne publique, une protection plus efficace de leurs droits.

Contrôle.

Nombreuses sont les propositions de lois qui ont trait au contrôle des émissions². A notre connaissance, il n'en

¹ V. proposition Schmoll au Comité juridique de législ., *Rec. Jur. Soc.*, 1923, p. 103. V. aussi : DECUGIS, *Les commissaires aux comptes*, *J. Soc.*, 1925 ; REYMONDIN, *Les commissaires aux comptes dans les sociétés anonymes devant l'opinion*.

² Proposition Besset du 10 déc. 1923 ; Chabrun (n° 898) du 8 déc. 1923 ; Auriol du 10 janv. 1929, etc...

existe aucune concernant le contrôle de la société en voie de formation.

Le projet de la Ligue pour la réforme de la législation des sociétés est muet à cet égard. Bien plus, le seul contrôle institué par la loi de 1867 à savoir l'intervention obligatoire du notaire qui reçoit la déclaration de souscription et de versement est supprimé dans le projet de la Ligue, puisque d'après lui, le dépôt de cette déclaration peut être effectué soit chez le notaire, soit au Greffe du Tribunal de commerce.

Quels sont donc les arguments apportés par la Ligue en faveur de cette suppression ?

La Ligue cite en premier lieu l'opinion de Rodolphe Rousseau qui opposait l'« irresponsabilité absolue du notaire à l'importance de sa rémunération ». Elle s'appuie sur le précédent existant en matière de sociétés à responsabilité limitée dans la loi du 7 mars 1925. Cette loi dans son article 4 stipule, en effet, que ces sociétés pourront être constatées « soit par acte devant notaire, soit par acte sous seings privés ». Elle trouve là, en outre, un moyen pour les sociétés de réaliser une économie, à une époque où les charges de toutes natures, fiscales entre autres, sont si lourdes à supporter. Elle conclut enfin en laissant à ce sujet toute liberté aux fondateurs soit de s'adresser aux notaires, soit d'établir eux-mêmes les déclarations de souscription et de versement.

Ces arguments ne nous paraissent pas concluants.

Le précédent de la loi du 7 mars 1925 sur les sociétés à responsabilité limitée invoqué par la Ligue n'a pas été et n'est pas encore sans soulever de nombreuses critiques.

L'intention du législateur en créant ces sociétés a été, en partie, d'en faire des sociétés à cadre familial. L'intervention du notaire, conseiller des familles, n'aurait-elle pas été suffisamment justifiée ?

Le projet, du reste, restreint le rôle du notaire, en matière de société à celui de simple archiviste. Il y a là, nous semble-t-il, une singulière compréhension de la réalité des faits. Interrogez à cet égard les fondateurs et administrateurs de sociétés. Ils sont d'accord pour reconnaître la prudence et le bien fondé des conseils qui leur sont donnés dans les études de notaires.

Envisageons un instant l'aboutissement du projet. Se traduirait-il par une véritable économie ? Il est tout au moins permis d'en douter. Il existe en réalité très peu de spécialistes au courant de la législation des sociétés. Assurément, ils feront payer très chers leurs services. Les fondateurs de sociétés hésiteront à recourir à ces services et se trouveront dans la situation ou bien de se passer des conseils de praticiens ou bien de s'adresser à des gens complètement incompetents dans une matière aussi délicate. Dans les deux cas, on aboutira à créer des sociétés bâtardes et à augmenter les cas de nullité si préjudiciables à la stabilité de la vie économique.

On trouve la rémunération du notaire exagérée. Qu'on augmente leur rôle et leur responsabilité.

Le but poursuivi, notamment en matière d'avantages particuliers est, en définitive, d'écarter les financiers peu scrupuleux, les fondateurs malhonnêtes qui voient dans la formation des sociétés l'occasion de réaliser un gain au détriment des petits épargnants. Qui, mieux que le

notaire, est à même de dépister ces spéculateurs ? Cette tâche rentre du reste dans son rôle qui est de vérifier l'identité et la capacité des parties. Se bornerait-elle à cela, qu'elle suffirait à justifier et à nécessiter l'intervention de cet officier ministériel. Il conviendrait à cet égard d'étendre les pouvoirs du notaire et de l'obliger à s'assurer dans tous les cas que le fondateur a bien la capacité suffisante pour contracter.

Est-il d'autre part tout à fait exact, comme on l'a prétendu, de dire que le notaire est complètement irresponsable ?

Le notaire est en général chargé de la rédaction des statuts ; il est juge des déclarations qui y sont faites ; il doit s'assurer que les formalités sont accomplies et que les fonds ont été effectivement versés.

Or, il n'est pas sans exemples que dans l'exercice de ses fonctions, le notaire n'ait été rendu responsable du préjudice causé de son fait par la nullité de la société, notamment pour irrégularités en matière de publication ¹.

Quoi que l'on fasse, il est impossible de sortir de ce dilemme : Ou bien vis-à-vis des tiers la société doit apparaître avec une existence certaine, quelles que soient ses tares internes ; ou bien des personnes qualifiées doivent présider à sa naissance et s'assurer sous leur responsabilité que les formalités légales ont bien été remplies.

En résumé, il semble que l'on oublie trop facilement

¹ HOUPIN et BOSVIEUX, nos 849 et 850 ; BAUBY, *De la responsabilité civile des Notaires* ; Douai, 20 déc. 1904 (*J. Soc.*, 1905, 380) ; Dijon, 19 mars 1902 (*J. S.*, 1902, 489) ; Lyon, 14 juin 1889 (*J. S.*, 1895, 499) et Cass., 10 nov. 1897, *J. S.*, 1898, p. 12.

les services rendus par les notaires à la cause de l'épargne. Loin d'envisager leur éviction, nous y voyons, au contraire, un des rouages essentiels du contrôle des sociétés au stade si important de leur formation. Accroître leur rôle en même temps que leur responsabilité constituerait une mesure particulièrement efficace pour la protection de l'épargne.

Education de l'Epargnant

Parmi les mesures préventives, nous plaçons enfin l'éducation de l'épargnant lui-même ¹.

Cette éducation doit être poursuivie par des œuvres sociales, au moyen de publication des procédés ordinaires de détroussement de l'épargne, de conseils et d'explications sur le mécanisme bancaire et boursier, en réalité trop peu connu.

En outre, il est bien évident que l'actionnaire isolé, l'obligataire seul ne peuvent rien. Ils devront donc s'unir et se grouper dans des organismes de défense collective tels que la Fédération des porteurs de valeurs mobilières pour la défense de l'Epargne française (fondée en 1926) qui a pris l'initiative de réunir le 27 mai 1929 un Congrès de l'Epargne.

Le Gouvernement n'a pas voulu se désintéresser de la question. Par décret du 5 février 1929 une Commission

¹ Cons. à ce sujet : COLIN, *Des mesures à prendre pour défendre l'épargne dans les sociétés par actions*, 1911 ; Paul DURAND, *La protection de l'épargne*, éd. Spes, 1930.

de protection de l'épargne a été créée pour étudier les réformes à faire.

Toutes ces mesures contribueront à empêcher les agissements des agioteurs et des financiers sans scrupules.

B. Mesures répressives. — Responsabilités.

La loi du 24 juillet 1867 prévoit deux sortes de responsabilités : l'une civile, l'autre pénale.

Responsabilité civile

Elle est édictée par les articles 8 et 42, 1^{er} alinéa de la loi de 1867.

Aux termes de l'article 42 « les fondateurs auxquels la nullité de la société est imputable, de même que les administrateurs en fonctions au moment où elle a été encourue, sont solidairement responsables envers les tiers et les actionnaires du dommage résultant de cette annulation ».

Ce texte a l'inconvénient d'être trop limitatif.

A cet égard, il conviendrait de s'inspirer des dispositions de la loi belge et d'étendre aux bénéficiaires d'avantages particuliers la responsabilité de l'article 42. C'est ce qui a été prévu par l'article 14 du projet de la Ligue précité ; mais cette extension est limitée au cas où les avantages n'auraient pas été vérifiés et approuvés.

Pour rendre plus effective cette responsabilité, il faudrait également augmenter la garantie des fondateurs, administrateurs et apporteurs en exigeant d'eux un cautionnement en espèces ou en valeurs sûres, telles que :

fonds d'Etat, actions de la Banque de France, obligations de Chemins de fer, etc...

Il résulte, d'autre part, du texte même de l'article 42 de la loi de 1867 que cette responsabilité reste subordonnée à la déclaration de nullité de la société, c'est-à-dire à la preuve que les formalités de l'article 4 n'ont pas été régulièrement remplies.

Par conséquent, aucune responsabilité n'est encourue — en dehors des cas de dol ou de fraude ¹ — par les fondateurs ou associés qui se feraient consentir des avantages hors de proportion avec les services rendus, ou en rémunération de prétendus travaux ou démarches, du moment qu'aucun vice de forme ne peut être relevé dans la constitution même de la société.

Quant aux avantages octroyés au cours de la vie sociale, en dehors d'une augmentation de capital, non seulement ils ne sont soumis à aucune vérification, mais encore nous avons établi que la responsabilité encourue de ce chef par les membres du conseil d'administration était, en pratique, nulle.

La société pourrait être ruinée — l'hypothèse n'est pas invraisemblable — par des contrats conclus avec des amis, de conception parfois antérieure à la constitution de la société — ou par des avantages octroyés sans rime ni raison au détriment des associés et ainsi des créanciers sociaux — sans que ceux-ci aient de recours vraiment efficace contre les auteurs de pareils abus.

¹ L'article 4 de la loi de 1867 stipule en effet que « l'approbation ne fait pas obstacle à l'exercice ultérieur de l'action qui peut être intentée pour cause de dol ou de fraude ».

Leur reste-t-il, au moins, la ressource d'établir la responsabilité pénale de ces mêmes personnes ?

Responsabilité pénale

La loi du 24 juillet 1867 a prévu trois catégories de délits sociaux qu'elle sanctionne pénalement : le délit d'émission (art. 13) ; le délit de négociation (art. 14) et enfin, certains délits, publication de faits faux, simulation de souscriptions et de versements, distribution de dividendes fictifs (art. 15) qu'elle assimile au délit d'escroquerie et qui est passible des peines évaluées par l'article 405 du Code pénal.

Mais le fait même de surévaluer des services ou d'attribuer ou se faire attribuer indûment des avantages sans contre-partie, peut-il constituer le délit d'escroquerie ? Nous ne le pensons pas.

La loi du 7 mars 1925 qui a créé les sociétés à responsabilité limitée a en partie comblé cette lacune. Elle punit des peines prononcées par l'article 405 du Code pénal « les manœuvres frauduleuses faisant attribuer à un apport en nature une valeur supérieure à sa valeur réelle ».

Il conviendrait d'étendre cette disposition aux sociétés anonymes.

Mais à notre avis, le meilleur moyen de parer aux abus de toutes sortes signalés au cours de cet ouvrage consisterait à assainir le milieu des sociétés. Une excellente mesure proposée dans ce sens par la Ligue pour la réforme de la législation des sociétés, serait d'exclure pendant un certain nombre d'années de la formation des sociétés les personnes condamnées pour délits sociaux.

Il faudrait, en outre, interdire à ces mêmes personnes les fonctions de gérant, d'administrateur, de commissaire aux comptes, de membre du conseil de surveillance et même de directeur.

*
* *

Mais il est difficile d'aller plus loin. On risquerait de sortir du domaine de l'économique pour entrer dans celui de l'éthique.

Certains procédés d'enrichissement peuvent ne pas être interdits par la loi, qui sont cependant contraires à l'ordre moral.

M. le professeur Renard a très justement discerné une crise de moralité ; « moralité politique, moralité commerciale et financière, moralité familiale et professionnelle, moralité intellectuelle et scientifique, enfin moralité tout court »¹. Il appartient plutôt à l'économie sociale d'en découvrir les remèdes.

Dans le domaine proprement économique, il est des mesures qui s'imposent et des réformes qu'il serait souhaitable de voir aboutir.

Gardons-nous cependant de vouloir modifier d'un seul coup, comme d'aucuns le préconisent, notre vieille législation sur les sociétés. Nous pouvons lui faire confiance ; elle a fait ses preuves depuis plus de soixante ans qu'elle existe. Espérons seulement que des mesures utiles et prudentes viendront la rajeunir et combler les lacunes

¹ G. RENARD, *La valeur de la loi*, Sirey, 1928. Avant-propos *in fine*.

qu'elle comporte. Cela permettrait aux admirables qualités d'épargne de la nation si souvent décrites de se développer avec plus de sécurité pour le plus grand bien de l'économie nationale.

Paris, 21 janvier 1931.

Vu : *le Président*,
J. HÉMARD.

Vu : *le Doyen*,
H. BERTHÉLÉMY.

Vu et permis d'imprimer
Le Recteur
de l'Académie de Paris,
S. CHARLÉTY.

Bibliographie

- ARTHUYS, *Traité des Sociétés commerciales*, 2 vol., 3^e édition, 1917.
- BÉDARRIDE, *Des Sociétés*, 3 vol., 2^e éd., 1876.
- BESLAY et LAURAS, *Commentaire théorique, pratique et critique du Code de Commerce*, t. V, 1867-1869.
- COPPER-ROYER, *Traité théorique et pratique des Sociétés anonymes*, 2 vol.
- DECUGIS, *Traité pratique des Sociétés par actions*
- FLOUCAUD-PÉNARDILLE, *Les Sociétés par actions*, 2 vol., 1899.
- GOIRAND, *Traité des Sociétés par actions*, 3 vol., 1896.
- HÉMAR, *Théorie et pratique des nullités de Sociétés et des Sociétés de fait*, 2^e éd., 1926.
- HOUPIN et BOSVIEUX, *Traité général des Sociétés*, 6^e éd., 1927.
- LACOUR et BOUTERON, *Précis de droit commercial*, 2^e éd., 1921.
- LYON-CAEN et RENAULT, *Traité de droit commercial*, 15^e éd., 1928, revue par Amiaud.
- MATHIEU et BOURGUIGNAT, *Commentaire de la loi sur les Sociétés du 24 juillet 1867*, 1868.
- PONT, *Commentaire-Traité des Sociétés civiles et commerciales*, 2 vol., 1872-1880.
- RAULT, *Traité des parts de fondateurs*, 1 vol., 1930.
- RESTEAU, *Les Sociétés anonymes devant les lois belges*.
- THALLER et PERCEROU, *Traité général théorique et pratique des Sociétés commerciales*, 2 vol., 1909-1913.
- THALLER et PIC, *Traité général théorique et pratique du droit commercial*, 3^e éd., 1931.
- VAVASSEUR, *Traité des Sociétés civiles et commerciales*, 6^e éd., 2 vol., 1910.
- WAUVERMANS, *Manuel pratique des Sociétés anonymes*.

Thèses

- LAFFARGUE, *La valeur économique des divers procédés d'estimation des apports en nature dans les Sociétés anonymes*, thèse, Paris, 1920.
- CORDONNIER, *De l'égalité entre actionnaires. Droit français et législation comparée*, thèse, Paris, 1924.
- DAVID, *La protection des minorités dans les sociétés par actions*, thèse, Paris, 1928.
- CHOTTIN, *De la vérification des apports en nature*, thèse, Nancy, 1922.
- MORNARD, *De la société en commandite par actions*, thèse, Paris, 1910.
- MAZEAUD, *Le vote privilégié dans les sociétés de capitaux*, thèse, 1924.
- SCORDEL, Jules, *Les apports en nature dans les Sociétés par actions*, thèse, Paris, 1930.

Table des Matières

INTRODUCTION	7
<i>PREMIERE PARTIE. — Définition et nature juridique</i>	
CHAPITRE I. — L'avantage particulier dans la loi	13
CHAPITRE II. — L'avantage particulier dans la doctrine	23
CHAPITRE III. — L'avantage particulier dans la jurisprudence	33
CHAPITRE IV. — Essai d'une définition	41
<i>DEUXIEME PARTIE. — Les différentes sortes d'avantages particuliers</i>	
CHAPITRE I. — Allocations en espèces	47
<i>Section I.</i> Les commissions	47
<i>Section II.</i> Appointements, tantièmes et jetons de présence	51
CHAPITRE II. — Attribution d'avantages divers	58
<i>Section I.</i> Réserve statutaire d'une place dans la société. Indemnités de renvoi. Frais divers	58
<i>Section II.</i> Conventions et marchés	61
CHAPITRE III. — Avantages-Actions	66
<i>Section I.</i> Définition	66
<i>Section II.</i> Cas où la souscription des actions nouvelles est réservée à des personnes déterminées	70
<i>Section III.</i> Pouvoirs des assemblées générales et spéciales des actionnaires. Avantages particuliers et avantages de catégorie	75
CHAPITRE IV. — Parts de fondateurs	83
<i>Section I.</i> Caractère juridique. Intérêt de la question	83

<i>Section II. Régime des parts de fondateurs considérées comme avantages</i>	86
<i>Section III. Champ d'application des lois du 24 juillet 1867 et 23 janvier 1929</i>	89
<i>Section IV. Groupement des parts de fondateur en « catégories »</i>	90
<i>Section V. Quelques cas d'attribution des parts de fon- dateur</i>	91

TROISIEME PARTIE — *Règles générales auxquelles
sont assujettis les avantages particuliers*

CHAPITRE I. — Des conditions de vérification	101
<i>Section I. L'avantage doit être particulier</i>	103
<i>Section II. L'avantage doit être stipulé dans les statuts ou concomitant à une augmentation de capital</i>	105
<i>Section III. L'avantage doit être stipulé par un associé</i>	112
<i>Section IV. L'avantage doit avoir été stipulé à leur profit par un ou plusieurs associés. Théorie de l'avantage personnel et de l'avantage fonction</i>	117
CHAPITRE II. — De la procédure de vérification	121
<i>Section I. Règles générales</i>	122
<i>Section II. Mission des assemblées</i>	128
CONCLUSION	135
<i>Section I. Extension de la protection des actionnaires en matière d'avantages particuliers</i>	137
<i>Section II. Mesures de protection de l'épargne</i>	140

Imp. G. Thone
Liège (Belgique)
